LEX FORI

Groupement européen d'intérêt économique

Siège social : 3, rue de la Chapelle
B.P.758
L-2017 Luxembourg

Etude réalisée à la demande de la
Commission européenne DG SANCO

LA MEILLEURE PRATIQUE DANS LE RECOURS A DES NORMES JURIDIQUES " DOUCES " ET SON APPLICATION AUX CONSOMMATEURS AU SEIN DE L'UNION EUROPENNE

<u>Avertissement :</u> La présente étude a été réalisée à la demande de la Commission Européenne, mais ne constitue pas une prise de position de cette dernière . Elle contient le résultat des recherches des membres de l'équipe de Lex Fori. Leurs conclusions sont indépendantes et ne sauraient engager la responsabilité de la Commission Européenne.

PLAN

INTRODUCTION GENERALE (page 21)

Synthèse (page 25)

I. La pratique des normes douces (page 26)

I.1. L'état du droit (page 26)

I.1.1. L'absence de définition communément acceptée (page 26)

I.1.2. Des instruments multiples qui doivent être connus de tous (page 28)
Classification des instruments (page 28)
Appréciation des instruments (page 29)

I.1.3. Diversité des pratiques nationales (page 30)
- Les pays anglo-saxons (page 30)
- Les pays d'Europe continentale (page 31)

I.2. Les conditions de la réussite des normes douces (page 31)

I.2.1. Un environnement propice est nécessaire (page 32)

I.2.2. Des facteurs incontournables de succès existent (page 33)
Des normes connues et reconnues (page 33)
Des normes contrôlées (page 34)
Des normes sanctionnées (page 35)

I.3. Exemples des meilleures pratiques (page 36)

I.3.1. Les secteurs les plus favorables (page 36)

I.3.2. Définition des secteurs favorables (page 37)

I.3.3. Les instruments les plus efficaces (page 37)

II. Les normes douces dans les environnements décentralisés et le rôle de l'Union Européenne (page 39)

II.1. Les normes douces dans les environnements décentralisés (page 39)

II.2. Un rôle incitatif pour l'Union Européenne (page 39)

III. L'application des normes douces au service d'intérêt général (page 41)

III.1. Les facteurs défavorables (page 42)

III.2. Les facteurs favorables (page 43)

PREMIERE PARTIE : LA PRATIQUE DES NORMES DOUCES (page 45)

Introduction de la première partie (page 46)

Chapitre I : LES NORMES DOUCES : UN CONCEPT A REDEFINIR (page 50)

Section I. Confusion des définitions (page 50)

Sous section 1 : Florilège de définitions (page 51)
Sous section 2 : Les distinctions nécessaires (page 54)

Section II. La multiplicité des instruments (page 55)

Sous section 1. : Différentes approches (page 56)

§1. Le classement du National Consumer Council (page 56)

§2. Le classement de la Commission (page 62)

§3. Le classement canadien (page 63)

Sous section 2. : Un compromis honorable : le classement suggéré par Lex Fori (page 64)

§1. Une première subdivision peut être effectuée entre les normes techniques et les normes commerciales (page 64)

§2. Une seconde subdivision peut être effectuée entre les normes douces « discrètes » et celles faisant l'objet d'une publicité (page 66)

§3. Un classement en fonction de deux critères (page 67)
3.1. L'autoréglementation (page 67)
- *3.1.1. Individuelle (page 67)*
- *3.1.2. Par secteur (page 67)*

3.2. La réglementation négociée (page 67)
- *3.2.1. Privée entre agents économiques (page 67)*
- *3.2.2. Privée entre agents économiques et représentants de consommateurs (page 67)*

- *3.2.3. Privée mais approuvée par un organisme public (page 68)*
- *3.2.4. Privée mais sanctionnée à des degrés divers pouvant aller jusqu'à l'intégration de la norme au droit positif (page 68)*

Chapitre II : APPROCHE DE L'EFFICACITE (page 70)

Section 1. Les instruments de mesure de l'efficacité (page 71)

Section 2. Les normes efficaces (page 74)

Sous section 1. Théorie de la norme (page 74)
Sous section 2. Efficacité de la norme (page 74)

§1. Les éléments de la norme efficace (page 74)
§2. La norme étatique (page 76)
§3. Les limites de la norme étatique (page 77)
§4. L'efficacité de la norme douce (page 77)

Sous section 3. Atlas (page 79)

§1. La Grande Bretagne (page 80)
§2. L'Australie (page 83)
§3. Les Etats-Unis (page 85)
§4. Le Canada (page 87)
§5. La France (page 88)
§6. L'Allemagne (page 89)
§7. Les Pays-Bas (page 92)

Sous section 4. Le carrefour des listes (page 93)

§1. La liste du National Consumer Council (page 94)
§2. La liste canadienne (page 95)

§3. Les listes australiennes (page 98)

3.1. Insurance Council of Australia (page 98)

3.2. Australian Securities and Investments Commission (page 99)
3.2.1. Conditions préalables (page 99)
3.2.2. Les caractéristiques d'une autoréglementation (page 100)

3.3. NRMA (page 101)

3.4. Power Tel ltd (page 102)

3.5. Ministre de la consommation (page 102)

3.6. Australian Consumer's Association (page 103)

3.7. Australian Association of National advertisers (page 103)

Chapitre III : LES CONDITIONS IDEALES DE L'EFFICACITE (page 107)

Introduction (page 107)

Section I. Un environnement propice (page 110)

Sous section 1. L'environnement culturel et géographique (page 110)

Sous section 2. Des partenaires organisés (page 112)

§1. La présence d'une association professionnelle (page 112)

§2. Les organisations de consommateurs (page 116)
2.1. L'aptitude des organisations de consommateurs à participer à l'élaboration des normes douces (page 117)
2.2. Une attitude méfiante à l'égard des normes douces (page 119)

Sous section 3. La plus-value donnée par l'Etat (page 124)

§1. La réception juridique des normes douces (page 125)
- 1.1. Généralités (page 125)
- 1.2. Techniques de réception : considérations théoriques (page 127)
  . *1.2.1. Réception au niveau législatif (page 127)*
  . *1.2.2. Réception au niveau administratif (page 128)*
  . *1.2.3. Réception au niveau contractuel (page 128)*
  . *1.2.4. Réception au niveau judiciaire (page 128)*
- 1.3. Techniques de réception : considération pratique (page 129)

§2. L'Etat organisateur (page 130)

Sous section 4. Les pressions externes (page 138)

§1. La pression étatique (page 139)

§2. La pression des consommateurs et de l'opinion (page 141)

- 2.1. La nécessité de restaurer la confiance dans les secteurs à problèmes (page 141)
- 2.2. La nécessité de crédibiliser les secteurs nouveaux (page 144)

Section II. Les facteurs incontournables du succès ou la méthode des Normes Douces (page 145)

Sous section 1. Une élaboration pragmatique et concertée (page 148)

§1. Les objectifs poursuivis (page 148)

§2. La participation de tous les acteurs (page 148)
- 2.1. La participation des organisations des consommateurs (page 150)
- 2.2. La participation des pouvoirs publics (page 152)

§3. Les règles adaptées aux situations à régler (page 155)

Sous section 2. L'Administration des normes douces (page 159)

§1. Le contrôle (page 160)

§2. La publicité (page 164)

§3. Un rapport d'activité (page 167)

§4. Une évaluation fréquente et des modifications si nécessaires (page 168)

Sous section 3. Un recours et des sanctions réelles (page 170)

§1. Un recours (page 170)

§2. Des sanctions réelles (page 176)

Chapitre IV : EXEMPLES DE MEILLEURES PRATIQUES (page 183)

Résumé (page 184)

Section 1. Le secteur des services financiers et de l'assurance (page 191)

Sous section 1. Irlande (page 194)

Sous section 2. Canada (page 196)

§1. Services financiers (page 196)

1.1. Les difficultés du secteur des services financiers (page 196)
1.2. Les mécanismes de normes douces (page 197)

§2. Assurances (page 197)

Sous section 3. Australie (page 199)

§1. Services financiers (page 199)

§2. Assurances (page 199)

Sous section 4. France (page 202)

Sous section 5. Pays Bas (page 203)

§1. Introduction (page 203)

§2. Les procédures d'Ombudsman (page 204)

Section II. Techniques de Vente (page 206)

Sous section 1. Publicité (page 206)

§1. Les exemples nationaux (page 207)

- 1.1. Les Etats-Unis (page 207)
- 1.2. Grande Bretagne (page 208)
- 1.3. France (page 208)
- 1.4. Belgique (page 208)
- 1.5. Pays-Bas (page 208)
- 1.6. Canada (page 209)
- 1.7. Australie (page 209)

§2. L'alliance européenne pour l'éthique en publicité (page 209)

- 2.1. Présentation (page 209)
- 2.2. Etude comparative (page 211)
- 2.3. Origine des normes par participation des consommateurs (page 211)
- 2.4. Transparence et communication (page 213)
- 2.5. Prévention (page 214)
- 2.6. Activités (page 214)
- 2.7. Respect et efficacité (page 215)
- 2.8. Critiques (page 217)

Sous section 2. La vente directe (page 220)

§1. Une présentation générale (page 220)

§2. Analyse d'efficacité (page 223)

Section III. Mécanismes particuliers (page 226)

Sous section 1. Better Business Bureau (Etats-Unis) (page 226)

Sous section 2. Internet (page 229)

§ 1 - La Passion (page 229)

§ 2 - Les Pratiques (page 232)

Sous-section 3. La construction résidentielle (page 238)

Sous-section 4. Agents de voyage (page 239)

§ 1. En Grande-Bretagne (page 239)

§ 2. En Belgique (page 239)

§ 3. Aux Pays-Bas (page 241)

§ 4. Au Canada (page 242)

Sous-section 5. L'alimentation : 2 exemples australiens (page 242)

Sous-section 6. Le secteur automobile et immobilier au Canada (page 244)

§.1. Un exemple d'autoréglementation au niveau national dans le secteur automobile (page 244)

§.2. Un exemple : la co-réglementation pour le secteur automobile dans l'Ontario (page 245)

§.3. La co-réglementation dans la profession d'agent immobilier en Ontario (page 246)

CONCLUSIONS DE LA PREMIERE PARTIE (page 247)

1) La norme douce, complément de la loi (page 247)

2) Les domaines réglementés par les normes douces (page 250)

3) Les secteurs les plus favorables (page 253)

4) Les instruments les plus efficaces (page 255)

DEUXIEME PARTIE : LES NORMES DOUCES DANS LES ENVIRONNEMENTS DECENTRALISES ET LE ROLE DE L'UNION EUROPEENNE (page 259)

Section A : Développement de normes douces dans des environnements décentralisés (page 260)

Sous-section 1 L'exemple australien (page 261)

Sous-section 2 La situation en Europe (page 262)

Section B : Le Rôle de l'Europe (page 265)

Sous-section 1 – La dimension européenne des normes douces (page 266)

§.1 Les obstacles (page 266)

1.1 – Obstacles psychologiques (page 266)

1.1.1 - Le point de vue d'instances étatiques ou gouvernementales (page 267)

1.1.2 - Le point de vue des organisations représentatives de consommateurs : (page 268)

1.1.3 - La position des professionnels (page 268)

§.2 – Obstacles juridiques (page 269)

1.2.1 La réception juridique (page 269)

1.2.2 Les Eurocodes (page 271)

§.3 – Les obstacles culturels (page 272)

1.3.1 L'accord sur l'Euro (page 272)

1.3.2 L'exemple du secteur de l'assurance (page 273)

§.4 – Les obstacles matériels (page 275)

§.5 – Une méthodologie sérieuse (page 275)

1.5.1/- Rigueur (page 276)

1.5.2/- Sélectivité (page 277)

1.5.3/ Flexibilité (page 280)

3.1. Catalyseur (page 281)

3.2. Faciliteur (page 281)

3.3. Caution (page 282)

3.4. Organisateur (page 282)

3.4.1 Promouvoir la participation des organisations de consommateurs dans l'élaboration des normes douces (page 282)

3.4.2 Les organisations représentatives de consommateurs confrontées à un problème de financement : (page 283)

3.4.3 Les organisations représentatives de consommateurs confrontées à un problème de représentativité (page 284)

3.4.4 Définir le rôle du consommateur dans la protection de ses propres intérêts (page 284)

3.4.5 La participation démocratique (page 285)

3.5. Négociateur (page 286)

3.6. Législateur (page 286)

3.6.1 La Loi Portugaise (page 287)

3.6.2 La loi américaine (page 287)

3.6.3 Droit de l'environnement (page 288)

3.6.4 Droit Social (page 288)

Sous Section 2 L'Europe et les politiques nationales en matière de normes douces (page 290)

§ 1. La fonction législative (page 290)

1.1) La situation au niveau communautaire (page 291)
1.2) La situation au niveau national (page 294)
1.3) Une directive sur les normes douces (page 295)

§ 2. Le Laboratoire d'idées (page 295)

2.1) Recherche (page 296)

2.2) Décloisonnement (page 296)

2.3) Définition (page 297)

2.4) Débat (page 297)

2.5) Information / Promotion (page 297)

2.6) Actions concrètes (page 298)

2.6.1 Favoriser la création de banques de données " normes douces " (page 298)

2.6.2 Favoriser l'établissement d'un guide de l'utilisateur des normes douces : (page 299)

2.6.3 Organiser un processus de consultation à grande échelle : (page 300)

2.6.4 L'Institut européen des normes douces (page 300)

2.6.5 Réfléchir à l'utilisation d'outils d'information électroniques pour réduire l'information asymétrique (page 302)

2.6.6 Un Better Business Bureau Européen (page 305)

3) - Garde-fou (page 306)

TROISIEME PARTIE : LE DEVELOPPEMENT DES NORMES DOUCES DANS LE DOMAINE DES SERVICES D'INTERET GENERAL (page 311)

INTRODUCTION (PAGE 312)

Chapitre I – Les Télécommunications (page 315)

Section I. La situation européenne (page 315)

Section II. Exemples Nationaux (page 319)

Grande-Bretagne (page 319)

France (page 321)

Espagne (page 324)

Italie (page 324)

Etats-Unis (page 324)

Australie (page 324)

Belgique (page 327)

Chapitre II – Le secteur de l'audiovisuel (page 331)

Section I. Le traitement des questions éthiques par la déontologie (page 334)

Sous section 1. La déontologie est la plus apte à résoudre les questions d'ordre éthique.(page 334)

Sous section 2. Les instruments destinés à assurer le respect de la déontologie (page 335)

§ 1. Certains instruments sont mis en œuvre exclusivement par les acteurs du secteur audiovisuel (page 336)

1.1 - L'instrument le plus important est le code de déontologie (page 336)

1.2 - Les organismes d'autocontrôle peuvent contribuer à l'élaboration des normes douces. (page 338)

1.3 - Les entreprises audiovisuelles peuvent instaurer une critique interne.(page 338)

1.4 - On peut voir dans l'autocensure la plus informelle des normes douces. (page 339)

§ 2. Certains instruments associent les professionnels de l'audiovisuel et les usagers. (page 339)

§ 3 - Des personnes étrangères au secteur audiovisuel composent la troisième catégorie d'instruments (page 340)

3.1 Il faut souligner l'importance des associations de téléspectateurs. (page 340)

3.2 Une personnalité étrangère au monde de l'audiovisuel peut être associée au contrôle de l'activité audiovisuelle. (page 341)

Sous section 3. La déontologie aux Etats-Unis (page 341)

§ 1. L'industrie du cinéma (page 341)

§ 2. La Radiotélévision (page 343)

Section II. La protection des mineurs - Les normes douces en France (page 345)

Sous section 1. Présentation (page 345)

Sous section 2. Appréciation de l'efficacité (page 346)

Section III. Le sport à la télévision en France (page 347)

Sous section 1. Le code de bonne conduite relatif à la radiodiffusion des événements sportifs. (page 347)

§ 1 - L'élaboration du code. (page 347)

§ 2 - Appréciation du code (page 348)

Sous section 2. Le code de bonne conduite sur le sport à la télévision et la loi Evin (page 348)

§ 1 - L'élaboration du code (page 348)

§ 2 - Appréciation du code (page 349)

Section IV. L'industrie de la télévision par câble au Canada (page 350)

Conclusions sur le secteur audiovisuel (page 352)

Chapitre III : L'EAU (page 355)

Chapitre IV : Les services postaux (page 359)

Section I. La Poste sur le plan national (page 360)

Section II. La Poste au plan international (page 364)

Chapitre V: Les transports (page 368)

Section I. Les normes douces dans le transport de voyageurs (page 369)

Sous section 1. Les normes douces à la SNCF et à la RATP (page 369)

§ 1 – Les médiateurs (page 369)

§ 2 - Consultations des usagers (page 370)

§ 3 - Certifications des lignes (page 370)

§ 4 - Les engagements pris par le transporteur (page 370)

Sous section 2. Prospective européenne (page 371)

Section II. Les normes douces dans le transport routier (page 371)

Sous section 1. La vision française des normes douces (page 372)

§ 1 - L'autocontrôle des tarifications routières.(page 372)

§ 2 - L'élaboration de contrats types. (page 372)

§ 3 - La normalisation technique. (page 373)

Sous section 2. La vision néerlandaise des normes douces : l'expérience d'un organisme d'autocontrôle, le NIWO. (page 374)

Sous section 3. L'Union Européenne comme cadre des normes douces ? (page 375)

Section III. Les normes douces dans le transport ferroviaire. (Page 377)

Section IV. Le transport aérien. (page 378)

Section V. LES NORMES DOUCES DANS L'INDUSTRIE DU TRANSPORT MARITIME AUX ETATS-UNIS. (PAGE 384)

Section VI. Les possibilités de normes douces à l'échelle européenne. (page 385)

Chapitre VI : L'énergie (page 388)

CONCLUSIONS (page 393)

ANNEXES (page 409)

Annexe 1 : Théorie de la norme (page 409)

1) - L'étage constitutionnel.(page 417)

2) - L'étage législatif (Page 418)

3) - L'étage judiciaire. (Page 418)

Annexe 2 : Les commissions de litiges aux Pays-Bas (page 419)

§ 1. Présentation générale (page 419)

§ 2. Le financement et la composition des commissions de litiges (page 422)

§ 3. La procédure devant les commissions de litiges (page 422)

§ 4. Evaluation des commissions de litiges néerlandaises (page 424)

Annexe 3 : Le fonctionnement des codes européens de la vente directe (page 424)

§ 1 - Indépendance (page 424)

§ 2 - Réclamations (page 426)

§ 3 - Publicité (page 427)

§ 4 - Brebis Galeuses (page 429)

§ 5 - Rapidité de traitement des réclamations (page 431)

§ 6 - Résultat (page 431)

§ 7 - Participation des consommateurs (page 431)

§ 8 - Le contrôle du mécanisme (page 432)

§ 9 - La révision du code (page 433)

Annexe 4 : Forces et faiblesses de la Norme Douce (page 433)

§ 1 - Les avantages des normes douces (page 434)

1.1 - Qualité de la Règle (page 434)

1.2 - Flexibilité (page 434)

1.3 - Complément (page 435)

1.4 -Autodiscipline (page 436)

1.5 - Coût (page 437)

1.6 - Résolution des litiges (page 437)

§ 2 - Les inconvénients des normes douces (page 439)

2.1 - Champ d'application (page 439)

2.2 - Comportements anticoncurrentiels (page 439)

2.3 - Confusion (page 440)

2.4 - Sanctions (page 441)

2.5 - Confiance (page 441)

Annexe 5 : Normes étatiques / Normes douces (page 443)

Annexe 6 : Secteur bancaire canadien (page 451)

§ 1 - Une protection minimale : les modèles de code de l'ABC (page 451)

§ 2 - Une protection renforcée : les Ombudsman (page 453)

2.1 - *Ombudsman* internes (page 453)

2.2 - *Ombudsman* bancaire canadien (page 453)

2.2.1 - Structure d'organisation (page 454)

2.2.2 - Caractéristiques du service offert (page 455)

2.2.3 - Processus de traitement des plaintes : (page 455)

2.2.4 - Nature et fondement de la recommandation (page 456)

2.2.5 - Rapport annuel : (page 456)

2.2.6 - Relations de l'Ombudsman avec le conseil d'administration : (page 457)

§ 3 - Critique du système d'autoréglementation : (page 457)

3.1- *Ombudsmen* interne des banques (page 457)
3.2 - Ombudsman" bancaire canadien (page 458)
3.3 **-** Le Cadre de la réforme, proposé par le ministre des Finances en juin 1999. (page 460)

Annexe 7 : Les commissions néerlandaises de litiges du secteur financier (page 462)

§ 1 - La commission de litige bancaire (CLB) (page 462)

§ 2 - La commission du code de conduite des financements hypothécaires (CFH) (page 463)

§ 3 - La commission du Bureau d'Enregistrement du Crédit (BEC) (page 464)

Annexe 8 : Publicité (page 465)

§ 1 - Etats-Unis (page 465)

§ 2 – Grande-Bretagne (page 468)

§ 3 - France (page 470)

§ 4 - Belgique (page 472)

§ 5 – Pays-Bas (page 474)

§ 6 - Canada (page 476)

§ 7 - Australie (page 477)

Annexe 9 : Internet (page 477)

§ 1 - Les codes de bonne conduite (page 477)

1.1 - L'initiative des précurseurs : la " nétiquette " (page 477)

1.2 - Aujourd'hui : les codes élaborés par les professionnels de l'Internet (page 478)

1.3 - Les recommandations de l'OCDE (page 482)

§ 2 - La labélisation des sites (page 485)

§ 3 - Les logiciels de filtrage (page 489)

§ 4 - Les perspectives de développement des codes de bonne conduite, de la labélisation et des logiciels de filtrage. (page 491)

§ 5 - Une expérience innovante : l'"*e*-resolution " (page 493)

5.1 - La présentation de l'e-resolution (page 493)

5.2 – L'adaptation de l'e-resolution aux litiges entre professionnels et consommateurs (page 493)

Annexe 10 : Constructions résidentielles (page 496)

§ 1 -.Description (page 496)

1.1 - Plans de garanties volontaires (page 496)

1.2 - Règlement sur le plan de garantie des bâtiments résidentiels neufs (page 497)

1.3 - Plan de garantie des maisons neuves de l'APCHQ. (page 498)

§ 2 - Critique du système d'autoréglementation (page 500)

Annexe 11 : Industrie de la télévision par câble au Canada (page 506)

§ 1. Description. (page 506)

1.1 - Elaboration des normes par l'industrie. (page 506)
1.2 - Fondation des Normes de télévision par câble. (page 506)
1.3 - Conseil des Normes (page 507)
1.4 - Recensement des décisions rendues par le Conseil des normes. (page 509)
1.5 - Code des Normes de service aux abonnés de télévision par câble. (page 509)
1.6 - Sensibilisation du public à l'existence du Conseil. (page 510)
1.7 - Sensibilisation des membres. (page 511)
1.8 - Tendance. (page 511)
1.9 - Rapport annuel 1998-1999. (page 512)

§ 2 - Critique du système d'autoréglementation. (page 512)

2.1 - Aspects positifs. (page 513)

2.2 - Aspects négatifs. (page 513)

2.3 - Commentaires d'ordre général. (page 513)

Annexe 12 : Médiateurs de la SNCF et RATP (page 516)

§ 1 - La création des médiateurs (page 516)

§ 2 - La nature des médiateurs (page 516)

§ 3 - La procédure devant les médiateurs (page 516)

§ 4 - Le rapport annuel du médiateur de la SNCF (page 518)

§ 5 - Bilan de l'institution des médiateurs. (page 519)

5.1- La consultation des usagers (page 519)
5.2 - La certification des lignes (page 521)
5.3 - Les engagements pris par le transporteur (page 521)

Bibliographie (page 523)

1. Livres, contributions, articles et notes : (page 523)

2. Sites sur l'Internet: (page 534)

3. Réunions et séminaires: (page 535)

INTRODUCTION GENERALE

Nous sommes un groupement européen d'avocats (G.E.I.E Lex Fori), qui possède des bureaux dans plusieurs villes européennes, dont le siège est à Luxembourg.

La norme, nous la pratiquons quotidiennement. Nous l'appliquons, nous l'interprétons, nous la contestons, nous l'espérons, nous la subissons, nous l'aimons.

C'est donc avec un intérêt certain que nous avons entrepris d'étudier la norme "douce", dans le cadre de la mission que nous a confiée la Commission Européenne.

La Commission nous a fixé, dans le cahier des charges de l'étude, le triple objectif de :

- définir les meilleures pratiques, en termes de contenu et d'efficacité, des instruments instaurant des normes juridiques "douces" et analyser la façon de les appliquer dans l'Union européenne ;
- analyser la façon dont l'Union européenne peut contribuer au développement des normes juridiques "douces", dans les Etats membres, de manière à assurer un niveau élevé et harmonieux de protection des consommateurs ;
- tirer des conclusions quant à la façon et à la mesure dans lesquelles des normes juridiques "douces", au niveau de l'Union européenne, peuvent promouvoir efficacement la protection des consommateurs, dans chacun des services d'intérêt général.

La présente étude suit d'assez près le plan qui découlait logiquement du cahier des charges, en ne s'en écartant que pour assurer une plus grande homogénéité à certains développements.

Nous proposons au lecteur une étude en trois parties :

I - La pratique des normes douces

II - Le Rôle de l'Union Européenne

III - Les Services d'Intérêt Général

Dans la première partie, nous décrivons certaines des pratiques les plus significatives en matière de normes douces, non seulement en Europe, mais aux Etats-Unis, en Australie, en Nouvelle-Zélande et au Canada.

Nous nous efforçons de faire la synthèse des enseignements de l'expérience sur les caractéristiques et les conditions de succès des meilleures pratiques. Nous consacrons une attention toute particulière aux questions de définition, de typologie et de classification des normes douces, non par goût de la théorie, mais parce que les normes douces souffrent d'une confusion quant à leur définition, leur champ et leur portée.

Dans la deuxième partie, nous tentons de définir le meilleur niveau d'application de la norme douce en Europe (local, régional, national ou européen) et de voir si certaines normes douces sont mieux adaptées à certains niveaux de décision. Nous explorons les possibilités d'action de l'Union européenne et de ses institutions en faveur des normes douces.

Enfin, dans la troisième partie, nous analysons secteur par secteur, le développement ou l'absence de développement des normes douces dans les services d'intérêt général et concluons sur les possibilités d'encouragement des normes douces dans ces services.

Nous fondons nos conclusions et nos analyses, sur l'abondante documentation que nous avons pu recueillir, sur les entretiens que les membres de l'équipe de Lex Fori ont eus avec différentes personnalités dans plusieurs pays (fonctionnaires nationaux et européens, entrepreneurs, chercheurs, représentants des fédérations professionnelles et des organisations de consommateurs), ainsi que sur des enquêtes par voie de questionnaires.

Nous ne prétendons ni à l'exhaustivité (l'Australie, à elle seule, comporte déjà près de 30.000 codes divers), ni à la connaissance parfaite de tous les secteurs étudiés – La Better Regulation Task Force (groupe indépendant rattaché au Premier Ministre britannique) admet que l'analyse complète d'un seul instrument de norme douce en Grande-Bretagne mériterait a " Full Task Force review ". Le lecteur comprendra aisément la difficulté d'étudier de multiples instruments dans une vingtaine de pays, et ce d'autant plus qu'il s'agit, à notre connaissance, de la première étude internationale sur les meilleures pratiques en matière de normes douces dans le domaine de la protection du consommateur.

Bien entendu, nos conclusions n'engagent que nous et ne sont pas forcément celles de la Commission, ni de tel ou tel groupe d'intérêts ou organisation.

SYNTHESE

Face à la crise de l'Etat, plusieurs réponses ont été apportées : certaines tendent à la limitation des activités de l'Etat à ses seules fonctions régaliennes, d'autres visent à rendre plus efficaces les activités de l'Etat, sans pour autant les limiter.

C'est dans le cadre de la recherche de solutions (*notamment modes de règlements alternatifs des conflits*[1]) que l'élaboration des normes par des personnes privées a été encouragée, notamment dans le domaine de la consommation.

De telles règles, appelées communément normes douces ou " *soft law* ", ont pour objet de faire face à l'inadaptation ou à l'inexistence des normes étatiques. Ainsi, certains secteurs se prêtent mal à une législation étatique en raison de la rapidité de leur développement (*Internet par exemple*).

D'emblée deux difficultés apparaissent : d'une part, il n'existe pas de définition précise de la notion de normes douces et, d'autre part, ce phénomène recouvre, en fait, des réalités contrastées selon les pays, les secteurs d'activités et les instruments utilisés.

Une fois ces difficultés levées, il est possible de poser les conditions d'un développement efficace de ces normes, en général, et dans les services d'intérêt général, en particulier.

I/ La pratique des normes douces

I.1 L'état du droit

L'état du droit concernant les normes douces présente plusieurs caractéristiques : tout d'abord, l'absence de définition communément acceptée, ensuite, la multiplicité des instruments de régulation et enfin, la diversité des pratiques nationales.

I.1.1 L'absence de définition communément acceptée

Jusqu'à présent, il n'existe pas de consensus sur ce que recouvrent les termes et les instruments qualifiés de normes douces. Ainsi sont communément employées, dans des acceptions souvent

[1] Les modes de règlement alternatifs des conflits constituent une forme de justice douce mais ne sont pas des normes douces.

différentes, les expressions d'"auto-réglementation" de "réglementation volontaire", de "co-réglementation" ou de "quasi-réglementation".

D'un point de vue théorique, plusieurs objectifs sont assignés aux normes douces, allant du simple " complément " de la législation au remplacement de la législation (*Loi sur le commerce équitable en Grande Bretagne, politiques de consommation en Australie et Nouvelle-Zélande*), en passant par l'apport de " valeur ajoutée " à la législation.

D'un point de vue géographique, les approches et les définitions des normes douces sont plurielles (self-regulation en Australie, soft law et self-regulation, accords volontaires et approche pluridisciplinaire au Canada, autodiscipline en France, etc).

Une définition préalable des termes employés en matière de normes douces est indispensable.

En effet, aucun débat constructif ne peut avoir lieu sans un vocabulaire précis et commun à tous les protagonistes.

Deux définitions peuvent être alternativement retenues :

Au sens large peuvent être qualifiées des normes douces toutes les normes à l'exception des lois, des règlements et des contrats.

Dans un sens plus strict, les normes douces, édictées par des professionnels soit de leur propre initiative soit en collaboration avec les consommateurs ou avec l'Etat soit sur le fondement d'une habilitation étatique, sont un ensemble d'instruments d'application consensuelle; elles n'ont pas, en général, de force légale[2]

I.1.2 Des instruments multiples qui doivent être connus de tous

🗣 Classification des instruments

Les instruments de normes douces sont caractérisés par leur extrême diversité. Afin d'en cerner l'étendue, différents classements ont été établis et méritent d'être soulignés.

Ainsi, le National Consumer Council (Grande-Bretagne) a distingué huit principaux types d'instruments (*codes de conduite unilatéraux, charte des consommateurs, codes unilatéraux par secteurs, codes négociés, codes négociés approuvés par un organisme public, codes reconnus, codes officiels, codes légaux*).

Dans le même esprit, Margot Priest (chercheur canadien) a déterminé cinq catégories d'instruments (*codes de conduite volontaire, auto-réglementation statutaire ou fixée par la loi, règlements internes de sociétés, auto-réglementation supervisée ou contrôlée par des agences gouvernementales, auto-management réglementaire*).

Pour sa part, la Commission Européenne (DG SANCO), dans un double souci de simplification et de clarification, a réparti ces différents instruments en deux catégories : d'un coté, **l'autoréglementation** (*normes juridiques élaborées par et pour l'entreprise*), de l'autre, **la réglementation volontaire** (*normes encouragées par les décideurs et élaborées en coopération avec les acteurs concernés*). Elle présente également un schéma en trois catégories autoréglementation/ accords volontaires/co-réglementation.

[2] Toutefois, contrairement à une opinion largement répandue, elles sont obligatoires pour ceux qui y adhérent.

Il a été choisi de distinguer, en fonction du degré de juridicité des normes et en fonction de leur mode d'adoption, d'une part, **l'auto-réglementation** (*individuelle ou par secteurs*) et, d'autre part, **la réglementation négociée** (*privée, approuvée par un organisme public, sanctionnée voire intégrée au droit positif*).

🗣 Appréciation des instruments

L'auto-réglementation a été discréditée par certaines tentatives maladroites ou peu ambitieuses. Cette mauvaise réputation incite en général les pouvoirs publics à privilégier la co-réglementation ou les accords volontaires. Mais il ne faut pas pour autant exclure l'auto-réglementation de la réflexion relative à la politique publique en matière de normes douces. N'oublions pas que l'auto-réglementation recèle certains des meilleurs exemples de normes douces (*publicité dans de nombreux pays, Better Business Bureau en Amérique du Nord, par exemple*).

La co-réglementation et les accords volontaires comportent certains inconvénients, notamment, la lourdeur du processus de négociation (*querelles de représentativité, etc.)* et l'absence d'instinct de propriétaire des entreprises dans les schémas qu'elles n'ont pas développés elles-mêmes.

Plutôt que d'adopter une attitude teintée de dogmatisme (*rejet de l'auto-réglementation en bloc*), il convient de privilégier une approche pragmatique : toute la gamme des normes douces peut être utilisée, il suffit que l'instrument ou le mode de régulation[3] douce choisi soit adapté à son domaine d'application (*structuration et organisation du marché et des consommateurs notamment*).

Dans le même esprit, certaines attitudes sont à proscrire : d'une part, laisser l'initiative complète à l'industrie et attendre des miracles, pour ensuite conclure à l'inefficacité des normes douces et, d'autre part, vouloir absolument imposer la négociation partout, alors que le succès, en matière de normes douces, dépend de la motivation des acteurs eux-mêmes (producteurs, consommateurs).

[3] Le terme de régulation est ici employé dans le sens français du terme

I.1.3 Diversité des pratiques nationales

Chaque pays possède sa propre approche des normes douces et les approches diffèrent en de nombreux points (*rôle de l'administration, idéologie, notoriété, contexte juridique*).

L'Europe des normes douces souffre d'un déséquilibre fondamental entre les pays anglo-saxons et les autres. L'Europe continentale communique très peu sur ce sujet. Beaucoup d'acteurs potentiels des normes douces n'en possèdent ni le vocabulaire ni les concepts, ce qui réduit la portée et le développement de toute réflexion.

🗣 Diversité des pratiques nationales

Si la plupart des pays anglo-saxons possèdent une pratique plus ancienne des normes douces que les pays d'Europe continentale, on se trouve néanmoins en présence de situations contrastées.

Les pays anglo-saxons

La Grande-Bretagne est, sans conteste, le pays ayant mené les études les plus complètes sur les normes douces. En Europe, elle a le quasi-monopole de l'analyse et de la réflexion sur les normes douces. Le concept, le vocabulaire, les rapports d'organismes divers y sont très développés. Pour autant, les spécialistes dressent un bilan mitigé de ces expériences[4].

L'Australie est également très active en matière de normes douces, combinant astucieusement auto-réglementation et co-réglementation. Le bilan dressé par les autorités australiennes apparaît plus satisfaisant. Les normes douces semblent avoir permis d'améliorer les pratiques commerciales et d'offrir de meilleures prestations aux consommateurs. Pour beaucoup de pays, l'expérience australienne constitue une référence (*Canada notamment*).

Les Etats-Unis se distinguent des deux exemples précédents par l'absence de réflexion théorique sur les normes douces. Les actions d'auto-réglementation sont appliquées de façon pragmatique et sont limitées à certains secteurs (*pompes funèbres, boissons alcoolisées, internet*). Le Canada, au contraire, a une vision d'ensemble des normes

[4] voir les rapports de l'Office of Fair Trading du National Consumer Council, de la Better Regulation Taskforce, etc.

douces et une approche pluridisciplinaire dont une cellule spécialisée du Bureau fédéral de la Consommation se fait l'écho.

Les pays d'Europe continentale

Les pays d'Europe continentale ont une pratique et une expérience contrastées des normes douces. Deux pays, à titre d'exemple, peuvent être opposés : d'un coté, l'Allemagne a mené une expérience limitée d'auto-réglementation dans le domaine de la publicité, de l'autre, les Pays-Bas ont développé un haut niveau d'auto-réglementation, notamment dans l'ensemble des secteurs du droit de la consommation, avec l'institution notable de commissions des litiges composées pour partie de consommateurs. Les pays scandinaves pratiquent plutôt la négociation entre administration (Ombudsman) et professionnels, c'est à dire une forme de co-réglementation. La France ignore le terme même de normes douces (*il existe peu de réflexion théorique et de publications sur le sujet*) mais pratique cette forme de régulation (au sens français du terme) sans la nommer (*publicité*). Hormis quelques spécialistes, les normes douces, en Europe continentale en tant que concept, sont peu connues des acteurs économiques. Souvent elles existent sans visibilité.

I.2 Les conditions de la réussite des normes douces : adaptation, évaluation et efficacité de la norme

Nul ne conteste que l'objectif qui doit être poursuivi par toute norme, étatique ou non, doit être l'efficacité.

Pour être efficaces, les règles doivent présenter un certain nombre de caractéristiques : être claires, adaptées, pouvoir être contrôlées et sanctionnées, notamment à l'initiative des consommateurs. Certaines conditions d'efficacité des normes tiennent au contexte dans lequel il est projeté de les développer; d'autres, en revanche concernent la méthode suivie par les promoteurs des normes douces.

La question des critères d'efficacité est fondamentale, pourtant il apparaît qu'elle est le parent pauvre de la pratique des normes douces. Les instruments de mesure sont peu développés et la recherche dans ce domaine doit être encouragée. La mesure de l'efficacité ne peut se résumer à faire l'inventaire des violations des normes douces mises en place. Il ne faut pas considérer uniquement les violations, mais prendre en considération les progrès accomplis pour la protection du consommateur.

En d'autres termes, la seule question pertinente est celle de savoir si un nombre plus important de consommateurs est aujourd'hui protégé. Plus il existe de consommateurs réellement protégés plus les normes douces font preuve de leur efficacité.

I.2.1 Un environnement propice est nécessaire

Les meilleurs instruments sont apparus dans un contexte caractérisé par quatre éléments : un environnement culturel favorable aux normes douces, l'existence de partenaires bien organisés, une implication importante de l'Etat et enfin la volonté des entrepreneurs de défendre leur image de marque.

A ce titre, les pays anglo-saxons possèdent un environnement favorable au développement des normes douces en raison notamment de leur système juridique, de la puissance des acteurs de la société civile (*syndicats, associations de consommateurs*) et des politiques de déréglementation menées dans les années 80 (*USA et Angleterre*).

A l'opposé, les pays de droit romain sont moins réceptifs aux normes douces en raison notamment du rôle attribué à la Loi, de la faiblesse et de la faible structuration des acteurs de la société civile (*faible taux de syndicalisation, émiettement des syndicats et des associations de consommateurs et d'usagers*).

Contrairement à certaines idées reçues, l'Etat constitue un partenaire indispensable au développement des normes douces, d'une part, en contribuant à la réception des normes douces dans l'ordre juridique interne et, d'autre part, en procurant un soutien législatif (*Australian Corporation and Financial Services Commission, par exemple*) notamment en ce qui concerne les mécanismes de contrôle et de sanctions de l'application des normes douces.

Les dirigeants d'entreprises ont également un rôle déterminant à jouer dans le développement de ces normes. L'expérience permet de souligner que les terrains les plus favorables sont les secteurs ayant une mauvaise image de marque (*vente par correspondance, vente directe, syndics de copropriété*) ou voulant permettre à leurs membres de se distinguer des autres professions ou des concurrents moins qualifiés (*professions libérales*), les secteurs subissant une forte pression des

consommateurs et les secteurs nouveaux (*Internet, nouvelles technologies*) .
La participation des consommateurs et de leurs représentants est toujours souhaitable mais pas toujours facile à organiser (attitude négative à l'égard des normes douces, manque de moyens, absence de représentativité, faiblesse des structures, etc.) .

I.2.2 Des facteurs incontournables de succès existent

Les facteurs de succès peuvent être illustrés au travers d'un double triptyque :

- trois éléments clefs : élaboration-définition, contrôle, sanctions et voies de recours ;

- trois principes à respecter : information, indépendance, participation.

🗣 Des normes connues et reconnues

Afin de garantir leur efficacité, les normes douces doivent être élaborées avec le concours de l'ensemble des acteurs (entreprises, consommateurs, personnalités indépendantes).Une fois élaborées, elles doivent faire l'objet de la diffusion la plus large possible.

Information :

Informer les consommateurs (et les professionnels eux-mêmes) de l'existence même des normes douces dans chacun des secteurs concernés. Afin de garantir leur plus large application, la publicité (*édition d'un rapport d'activités annuel, publicité de la charte ou du code*)des mécanismes de normes douces est indispensable (*ex. rapport annuel de l'Ombudsman Irlandais des banques, spots télévisés de l'ASA –publicité- en Grande-Bretagne, remise du code de la vente directe dans chaque colis en France*) .

Indépendance :

La participation de personnalités indépendantes à l'élaboration des normes constitue un gage de confiance pour les consommateurs *(ex. agents immobiliers en Ontario*) .

Participation :

Les normes douces doivent être élaborées de façon pragmatique et concertée intégrant les consommateurs, les gouvernements et les agences de consommation (*ex. code des pratiques bancaires de Nouvelle Zélande, contrat pour l'amélioration de la qualité des services de dépannage " multiservices " en France*).

🗣 <u>Des normes contrôlées</u>

Le succès des normes douces dépend très largement du contrôle qui sera effectué de leur application par les acteurs. A cet effet, des mécanismes indépendants de contrôle doivent être nécessairement mis en place.

Information

L'existence de mécanismes de contrôle de l'application des normes douces doit être largement diffusée auprès des consommateurs (*ex. hotline du code australien des supermarchés*).

Indépendance

Pour garantir l'efficacité des normes, il faut prévoir un contrôle de leur application par un corps spécialement affecté à cet effet (*code professionnel de la vente par correspondance en France ou de la convention relative à l'obligation de diligence des banques en Suisse*). Il convient de privilégier les organes de contrôle indépendants des rédacteurs des normes (*Code australien des fabricants de produits pharmaceutiques, dispositions du code européen de la vente directe)*.

Participation

Pour que les contrôles soient efficaces, la participation de tous les acteurs est de rigueur. A ce titre, les contrôles doivent pouvoir être effectués non seulement d'office mais également à l'instigation des consommateurs ou des concurrents (*code australien des producteurs de jus de fruits*).

🗣 Des normes sanctionnées

Les consommateurs doivent pouvoir disposer de voies de recours effectives pour faire sanctionner les violations. Celles-ci peuvent prendre la forme de la médiation ou de l'arbitrage, ou encore de l'examen du litige par une commission constituée à cet effet (Conseil des éthiques du marché en Suède, M.E.R.)

Dans cette perspective, les principes établis par le ministère australien du commerce (*accessibilité, indépendance, équité, responsabilité, efficacité, effectivité*) ou par la Commission Européenne[5] (*Indépendance, transparence, contradictoire, efficacité, légalité, liberté, représentation*) peuvent servir de référence. De la même manière les mécanismes comportant des "Ombudsmen" se révèlent efficaces (*Ombudsman bancaire canadien, irlandais et anglais, médiateur de la SNCF*) . En l'absence de mécanismes de sanctions et de voies de recours efficaces, la confiance des consommateurs dans les normes douces risque de faire rapidement défaut.

Information

Contribue également à l'efficacité du système la diffusion de l'information auprès de tous selon laquelle il est possible, d'une part, d'exercer des voies de recours (*mention dans les contrats d'assurance australien de la possibilité de saisir l'IEC, Insurance Enquiries and Complaints ltd*.), et d'autre part, d'obtenir que soient prononcées des sanctions dissuasives d'ordre psychologique, financier (*système de l'IPC pour les postes*), ou disciplinaire (*système du code professionnel de la vente par correspondance en France*) en cas de violation des normes édictées. L'information peut également se traduire par la publicité

[5] Recommendation sur la résolution extrajudicaire des litiges (98/257/CE)

donnée aux sanctions (*“ name and shame ” de l’OFTEL – téléphone-, site web de l’ASA, en Grande Bretagne*).

Indépendance

Les organes qui examinent les recours et prononcent les sanctions, quel que soit le mode de règlement des litiges choisi (*arbitrage, commission de recours, ombudsman*), doivent être indépendants à la fois des producteurs et des consommateurs (*Ombudsman de l’assurance-vie aux Pays-Bas, EASA –publicité-Europe*).

Participation

L’exercice effectif des voies de recours par les consommateurs est indispensable à la crédibilité du mécanisme de règlement des litiges *(l’ASA, Grande-Bretagne, reçoit une dizaine de milliers de plaintes par an*)

I.3 Exemple des meilleures pratiques

I.3.1. Les secteurs les plus favorables :

Une analyse pragmatique démontre que certains secteurs professionnels ont développé des mécanismes de normes douces ayant donné des résultats probants.

Certains secteurs, comme le secteur financier (*marchés financiers, banques, assurance*) ou celui de la vente (*publicité, très fortement implanté dans le monde entier, EASA, structure européenne avec notamment le BVP en France, l’ASA en Grande-Bretagne ou le Jury d’Ethique Populaire en Belgique*), constituent des domaines d’élection de la réglementation douce. Il en est de même pour l’Internet où le principe de l’autoréglementation connaît une popularité certaine en dépit d’un manque d’efficacité.

A l’inverse, les normes douces semblent, de l’avis quasi unanime des experts et des spécialistes, inadaptées aux questions liées à la sécurité et à la santé des consommateurs qui doivent être régies par des normes étatiques.

I.3.2. Définition des secteurs favorables

Au terme de l'étude, les secteurs favorables au développement des normes douces peuvent être caractérisés de la manière suivante :

- Les marchés dans lesquels les coûts du dysfonctionnement sont subis en grande partie par les autres entreprises du secteur, ce qui a pour effet de motiver les entreprises à adopter des comportements nouveaux afin de réduire les dysfonctionnements *(publicité, différentes formes de vente en dehors des magasins, professions libérales)* ;

- Les marchés compétitifs et très organisés dotés de produits homogènes (*banques, établissements financiers, assurances*) ;

- Les marchés dans lesquels il existe de multiples conflits entre consommateurs et professionnels (*assurances, agences de voyages*)

- Les marchés ayant atteint un maturité suffisante pour que les acteurs soient organisés et prennent en compte les préoccupations des consommateurs ;

- Les marchés dans lesquels le produit n'est pas essentiel à la sécurité et à la santé du consommateur ;

I.3.3. Les instruments les plus efficaces.

Parmi les instruments de normes douces, certains donnent de meilleurs résultats que d'autres. C'est le cas de la co-réglementation, au sens large, qui implique, outre les professionnels et les consommateurs, les pouvoirs publics.

En revanche, la pratique de l'auto-réglementation se révèle, à quelques exceptions notables près *(publicité)* , le plus souvent décevante dans la mesure où elle se limite, souvent, à un catalogue de bonnes intentions.

Parmi les instruments de normes douces les plus efficaces, on peut citer :

- les mécanismes de résolution des litiges (*publicité, Better Business Bureau*) en général; le Better Business Bureau fonctionne comme une agence de protection des consommateurs tout en étant une émanation des entreprises qui y adhérent.

- les ombudsmen (*ombudsman canadien des banques*) et les médiateurs en particulier ;

- Certains codes de bonne conduite (*vente hors magasin, déontologie des professions libérales , organisation des marchés financiers*) ;

Au delà, il semble que les instruments de normes douces sont d'autant plus efficaces dans un secteur donné qu'ils se combinent entre eux (*code de conduite + mécanisme de résolution des litiges + sanctions*). Sur ce point, les instruments à portée limitée, mais avec un objectif unique et précis, sont plus performants que les instruments plus ambitieux (code de bonne conduite) qui sont lourds à mettre en œuvre *(code des supermarchés australiens, codes des producteurs de jus de fruits)*

oo0oo

Il apparaît, au regard des pratiques observées dans la première partie du rapport, que **le meilleur gage d'efficacité des normes douces suppose qu'elles soient conçues comme le complément de la réglementation étatique traditionnelle**, l'Etat ne pouvant plus prendre en compte l'ensemble des problèmes et les résoudre dans l'intérêt de tous. Cela suppose toutefois que la loi détermine le domaine d'intervention des normes douces, ces dernières jouant alors le rôle de plus-value par rapport à la Loi.

Ce n'est qu'à titre très exceptionnel que les normes douces pourront se substituer à la loi (*notamment en l'absence de perspective réaliste d'efficacité de la législation, par exemple, pour certains aspects de l'Internet*).

Les normes douces apparaissent mieux acceptées dans les domaines tels que la fraude à la consommation, la publicité et le secteur financier et lorsque la sécurité physique et la santé ne sont pas les préoccupations essentielles.

II. Les normes douces dans les environnements décentralisés et le rôle de l'Union Européenne

II.1 Les normes douces dans les environnements décentralisés

La présence d'un environnement décentralisé (*Belgique, Australie, Etats-Unis, Espagne, Canada*) n'a pas généralement d'incidence directe ou indirecte sensible sur le développement des normes douces. Il est rare de trouver deux niveaux de normes douces dans le même secteur, par exemple, une norme régionale s'intégrant dans une norme nationale.

Dans les pays précités, les normes douces sont appliquées les plus souvent à l'échelon national ou fédéral et non pas à l'échelon de la région ou de l'Etat fédéré Une délégation constitutionnelle de compétences à l'échelon local peut favoriser la création de mécanismes locaux de normes douces (*vente de véhicules automobiles dans l'Ontario, garantie construction résidentielle au Québec*) .

Mais le critère déterminant pour le champ d'application des normes douces n'apparaît pas lié à l'existence d'un système décentralisé ou fédéraliste. C'est l'existence d'un marché à réguler qui semble être le critère déterminant au développement des normes douces.

Or, les marchés dans les pays à régime fédéral, sauf exception, ont un caractère national (voire transnational) . C'est pourquoi, en général, les instruments de normes douces sont plutôt développés au niveau national.

II.2 Un rôle incitatif pour l'Union Européenne

Face à la diversité des situations nationales, l'Union européenne pourrait avoir un rôle incitatif pour encourager ce processus et l'accompagner.

Pour exercer pleinement ce rôle, l'Europe doit surmonter de nombreux obstacles : psychologiques (réticences des administration nationales, des consommateurs, et même des entreprises), juridiques (techniques de réception, interaction du droit européen et du droit national), culturels (diversité des cultures juridiques et économiques, diversité des structures, des organisations et des notions de représentativité) et matériels (étendue géographique, faiblesse des moyens humains et financiers face à la multiplicité des secteurs et des projets)
S'il paraît utile de distinguer la dimension purement européenne d'une politique d'encouragement des normes douces de sa composante nationale, celles-ci restent bien évidemment complémentaires.

Pour exercer la dimension européenne de cette politique, les institutions européennes doivent adopter une méthodologie sérieuse fondée sur la rigueur, la sélectivité et la flexibilité. Le choix des projets à encourager sera crucial. Les pouvoirs publics européens auront à adapter et combiner les différentes fonctions qu'elles peuvent exercer, c'est à dire celles de :

-**catalyseu**r (impulsion, déclencheur d'initiative)
-**faciliteur** (fourniture de moyens matériels, modérateur de discussion)
-**caution** (caution morale, labels, agrément de projets)
-**organisateur** (création de structures permanentes de rencontres, aide aux organisations de consommateurs, réforme du mode de représentation)
-**négociateur** (participation en tant que partie à des accords européens)
-**législateur** (encadrement des normes douces européennes, général pour les techniques de normes douces et spécifiques pour chaque secteurs, Eurocodes).

En ce qui concerne la stimulation des politiques nationales, le rôle des institutions européennes peut être envisagé sous trois formes principales.

La fonction législative (transpositions de directives par des normes douces, recommandations, directives sur les normes douces)**.**
Le laboratoire d'idées (susciter une réflexion chez les futurs acteurs, recherche, décloisonnement, définition, débat, information/promotion).
Nous suggérons quelques actions concrètes (banque de données, guide de l'utilisateur, processus de consultation, Institut des normes

douces, actions de réduction de l'information asymétrique, création d'un Better Business Bureau Européen).

Le garde-fou (lutte contre les pratiques anticoncurrentielles et surveillance de la surveillance).

Une politique des normes douces pour l'Europe devra forcément être multiple et flexible. La norme douce est par essence consensuelle et diverse. Cette politique, bien que multiple sur le terrain, devra cependant procéder d'une certaine unicité de direction, se traduisant par une définition claire des concepts et du vocabulaire et un point de référence central sous forme d'un corpus d'expériences et de principes méthodologiques affichés.

En outre, l'objectif principal d'une telle politique ne devra pas être l'élaboration de normes douces par principe, pour " faire des normes douces ", mais plutôt la prise en compte par les pouvoirs publics, les professionnels et les représentants des consommateurs de la possibilité de recourir, le cas échéant, aux normes douces. En d'autres termes, l'objectif d'une politique des normes douces est que les décideurs se posent systématiquement, lorsqu'ils examinent une réponse réglementaire à un problème quelconque, la question du recours éventuel à des normes douces.
Après en avoir défini le cadre avec rigueur, il conviendra d'en parler le plus possible, de multiplier les échanges et les expériences.

III/ L'application des normes douces aux services d'intérêt général

Globalement, les normes douces sont très peu développées dans les services d'intérêt général.

Avant d'examiner le rôle qui pourrait être dévolu à la Commission européenne, il convient de présenter les caractéristiques favorables et défavorables au développement des normes douces dans les services d'intérêt général.

III.1 Les facteurs défavorables

Les différents services d'intérêt général sont très hétérogènes, mettent en jeu des techniques très différentes dans des marchés arrivés à des stades de développement et de libéralisation inégaux, avec d'importantes variations nationales.

Ainsi certains secteurs sont plus familiers des normes douces *(audiovisuel, télécommunications, postes*) que d'autres (*eau, transports, énergie*).

Il serait donc illusoire de vouloir développer, dans chacun de ces secteurs, un mécanisme identique de normes douces.

Dans l'ensemble les instruments de normes douces sont peu répandus et peu développés, en particulier en Europe. Ces instruments, lorsqu'ils existent, sont souvent assez " primitifs " (par rapport aux meilleures pratiques dans les autres secteurs).

-service de gestion de réclamations, enquêtes de satisfaction, indicateurs de performance, benchmarks (*RENFE, chemins de fer espagnols ; enquête de satisfaction, électricité, Espagne ; benchmarks, eau, Pays-Bas*).

-charte de service, code de conduite, code de déontologie (*OFTEL,Grande-Bretagne, obligation d'un code de qualité de service pour les opérateurs de télécommunication; charte de l'usager, eau Espagne/Grande-Bretagne, charte du client France Telecom, publicité sportive code " Evin ", France, code de déontologie audiovisuel dans de nombreux pays*)

-ombudsman, médiateur, règlement des litiges *(ombudsman de l'énergie, Victoria, Australie ; médiateur EDF, France ; médiateur RATP/SNCF, transports, France ; médiateur de la Poste française ; Commission des litiges, eau, Pays-Bas, proposition de directive sur la Poste, mai 2000 ; Telecoms ombudsman, Australie*).

-plus rarement, systèmes organisés de normes douces *(télévision par câble au Canada, Telecoms Act en Australie*)

Par ailleurs, la question de la représentativité des associations de consommateurs dans les services d'intérêt général pourrait également constituer un frein au développement des normes douces.

Il a été également démontré que les approches nationales de la *soft law* sont très différentes au sein même de l'Union Européenne (*différences de culture juridique*).

Le développement important des instances nationales de régulation *(agences, autorités administratives indépendantes, commissions spécialisées*) dans le domaine des services d'intérêt général (*notamment télécommunications, audiovisuel, eau*) pourrait également constituer un frein important au développement des normes douces. En effet, le développement des normes douces se fera vraisemblablement au détriment de ces institutions nouvelles, qui n'accepteront pas spontanément de voir leur compétences rognées.

Dans la plupart des pays membres, il existe un manque d'information et de documentation sur les normes douces (*notamment dans les pays de droit romain*). Dans certains cas, le manque d'information s'accompagne d'un climat de méfiance des consommateurs autour du phénomène lui-même (*notamment auto-réglementation*)

Toutefois, les services d'intérêt général présentent un certain nombre de caractéristiques qui pourraient favoriser le développement des normes douces.

III.2 Les facteurs favorables

Les secteurs qualifiés de services d'intérêt général sont des secteurs à forte concentration économique. Dans chacun des pays de l'Union Européenne, voire parfois dans l'ensemble de l'Union, il n'existe qu'un nombre limité d'opérateurs (*secteur de l'Eau notamment*). Les usagers sont nombreux et relativement structurés.

Ces secteurs sont en voie de libéralisation, mouvants et en constante évolution. Les normes douces pourraient s'avérer un mode de régulation plus adapté que la réglementation étatique.

De plus, les services d'intérêt général sont régis par un certain nombre de principes communs (*continuité, égal accès, adaptabilité*) qui pourraient être précisés et mis en pratique dans chacun des secteurs concernés, par le biais de réglementation douce.

A cet effet, il apparaît possible de s'appuyer sur l'expérience acquise dans les autres secteurs et de proposer un *corpus* unique de recommandations qui pourront, par la suite, être adaptées selon la spécificité des secteurs concernés.

Pour réussir, les normes douces devront être combinées avec des mécanismes permettant d'assurer leur contrôle et d'en sanctionner les violations. A défaut, ces normes ne recueilleront pas la confiance des consommateurs.

Nous voyons un rôle pour l'Union européenne à plusieurs niveaux :

- en plus de l'animation d'un réseau d'information, analyser quels systèmes fonctionnent bien dans quels pays et les réunir dans une structure de coopération administrative.

- agir comme diffuseur de normes de principe, en laissant aux autorités régulatrices le soin de les adapter et de les interpréter, en fonction du marché local, de la façon la plus efficace.

- consulter et informer.[6]

- vérifier régulièrement si les mécanismes de normes douces fonctionnent. Pour qu'une telle vérification soit possible, il devrait exister une obligation d'information, à la charge des opérateurs. Cette obligation pourrait être utile pour d'autres marchés et favoriserait la transparence.

L'état du droit en Europe en matière de services d'intérêt général n'est pas particulièrement favorable au développement d'une réglementation volontaire, les gouvernements nationaux et les nouvelles autorités régulatrices n'étant pas prêts, en règle générale, à déléguer une partie de leurs prérogatives à des mécanismes de normes douces.

Toutefois aucun obstacle rédhibitoire ne s'oppose au développement des normes douces. Une fois le mouvement lancé, elles pourraient se développer très rapidement et peut-être plus rapidement que dans d'autres secteurs. Les normes douces ont un rôle important à jouer pour la protection du consommateur et dans les secteurs d'intérêt général.

[6] Dans sa Communication sur les services d'intérêt général, la Commission préconise le " maintien d'une approche progressive fondée sur l'évaluation de la réforme et des consultations avec les différentes parties concernées " et évoque la publication de livres verts, accompagnés par des consultations publiquesCOM (2000) 580 Final p. 23.

PREMIERE PARTIE : La pratique des Normes Douces

INTRODUCTION DE LA PREMIERE PARTIE

Le constat qui s'impose depuis les années 70 est celui d'une crise de l'Etat. La légitimité de son intervention, en particulier dans le domaine économique, est très souvent remise en question. Sa lourdeur, son aspect bureaucratique, sa propension à l'inertie ont été maintes fois dénoncés. La fonction normative de l'Etat, fondement même de sa légitimité, n'a pas été épargnée par les critiques.

La réglementation étatique a souvent été jugée comme étant excessive, coûteuse et inefficace. La fonction judiciaire de l'Etat a également été soumise à de nombreuses attaques. Le système des tribunaux étatiques est considéré comme trop complexe, coûteux et lent. L'encombrement qui caractérise les tribunaux contribue à dégrader l'image que se font les citoyens de la justice.

Dès lors, des théories visant à pallier les défauts d'un Etat en crise sont apparues et des modèles alternatifs ont été recherchés. D'aucuns ont entendu améliorer le fonctionnement de l'Etat. Ainsi en France, la théorie du "mieux d'Etat" a été mise en avant par un certain nombre d'auteurs et a influencé de nombreux dirigeants politiques.

L'objectif est de maintenir les frontières actuelles de l'intervention étatique, mais d'améliorer son efficacité. Par exemple, en France, cela s'est traduit par la réforme des services publics, initiée en 1988 par le Premier ministre de l'époque, et reprise par ses successeurs. Cette réforme tend en particulier à améliorer la qualité des prestations offertes aux usagers des services publics.

Ce mouvement tendant à rendre l'Etat plus efficace a conduit à un certain nombre de réflexions engagées autour de la réforme de l'Etat, avec en particulier, en France, la publication en 1995 du rapport Picq[7], qui plaide en faveur d'un certain nombre de réformes de structures et la création d'un Commissariat à la réforme de l'Etat.

[7] *L'Etat en France. Servir une nation ouverte sur le monde*.

Mais dans d'autres pays, c'est la théorie du moins d'Etat qui s'est imposée. Ses partisans ont milité pour un recentrage de l'intervention de l'Etat sur ses missions régaliennes (la défense, la police, la justice) et un désengagement aussi large que possible des domaines économiques. A cette fin, des politiques de déréglementation ont été mises en oeuvre dans les années 1980 par Margaret Thatcher, en Grande-Bretagne, et Ronald Reagan, aux Etats-Unis.

Dans ce contexte, des mécanismes alternatifs à l'intervention de l'Etat ont été recherchés. En ce qui concerne la justice, des techniques de médiation, d'arbitrage et de conciliation ont été expérimentées.

S'agissant de la réglementation, l'élaboration de normes par des personnes privées a été encouragée, parfois à l'initiative des pouvoirs publics eux-mêmes. Ainsi, des accords volontaires sont intervenus dans le domaine de l'environnement. Des codes de bonne conduite à connotation morale, liés au gouvernement d'entreprise ont également été promulgués. L'on peut enfin citer l'exemple des codes pris à l'invitation des gouvernements dans le domaine de l'éthique.

Certaines organisations non - gouvernementales qui autrefois se contentaient de critiquer les entreprises, coupèrent aujourd'hui avec elle pour intégrer des valeurs morales dans l'activité de ces dernières.

L'entreprise est de plus en plus encouragée à développer valeurs et normes de comportement. On est loin de l'affirmation de Milton Friedman selon laquelle : *"the social responsability of a corporation is simply to make money".*

Concernant des questions aussi variées que l'emploi, l'environnement ou l'éthique, il était logique que ces normes d'origines privées se développent également dans le domaine de la consommation. Apparues au début du XXè siècle, elles ont connu un nouvel essor avec la crise de l'Etat et les politiques de déréglementation.

L'intérêt d'une étude détaillée sur les différentes pratiques des normes douces dans le domaine de la consommation réside dans la possibilité de dresser un inventaire des meilleurs instruments et de préciser les conditions qui doivent être réunies pour garantir une efficacité optimale. Mais deux difficultés majeures doivent être surmontées.

La première vient du fait que la question des normes douces est très souvent évoquée mais que cette notion varie selon les auteurs et les pays concernés. Les termes employés recoupent souvent des réalités différentes, ce qui implique une certaine confusion.

D'autre part, les prises de positions à l'égard des normes douces sont souvent très tranchées, s'appuyant sur des présupposés idéologiques. Ainsi, les néo-libéraux ont une certaine tendance à faire l'apologie de ces normes, en les considérant comme la panacée susceptible de pallier les défauts de la réglementation étatique. L'argument le plus souvent mis en avant est que l'entreprise serait dans la meilleure position pour réglementer les domaines qui la concernent directement.

L'universitaire, Filali Osman[8] évoque ainsi "l'inadaptation des règles de facture classique aux situations complexes". Les Etats se trouveraient dans l'impossibilité de réglementer unilatéralement et complètement leur économie.

Force est de constater en effet que "les instruments auxquels la pratique tend à recourir pour réglementer une activité économique donnée, en dépit de leur indéniable diversité, ne répondent pas suffisamment aux besoins des opérateurs privés".

A l'opposé, les partisans de l'intervention de l'Etat sont défavorables au développement des normes douces. Plutôt méfiants d'une manière générale à l'égard des entreprises, ils se montrent réticents à l'idée d'attribuer à ces dernières un rôle normatif.

[8] *Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit.*

La difficulté est de parvenir à surmonter ces à priori idéologiques, et d'éviter de porter un jugement par trop manichéen. Les normes douces sont utiles et des exemples incontestables de réussite existent. Mais il convient d'étudier dans quelles conditions celles-ci peuvent réellement garantir des résultats probants. Parmi ces conditions, l'idée que l'Etat peut contribuer à leur succès, par le biais d'un soutien législatif, sera mise en avant.

Dans un premier temps, pour tenter de mettre fin à la confusion précédemment évoquée, la notion de normes douces sera clarifiée et les termes définis. Une typologie des différents instruments de normes douces sera dressée (Chapitre I). Puis, la question de l'efficacité de la norme en général, et des normes douces en particulier sera abordée (Chapitre II).

Les conditions qui permettent d'obtenir les meilleurs résultats seront également précisées (Chapitre III). Enfin des exemples de meilleures pratiques seront fournis (Chapitre IV).

CHAPITRE I : LES NORMES DOUCES : UN CONCEPT A REDEFINIR

L'une des difficultés rencontrées lors d'une étude des normes douces réside dans l'étonnante confusion des termes employés pour caractériser les différentes catégories existantes. En effet, le même vocable recoupe, selon les auteurs ou les pays, des réalités bien différentes. Il est donc indispensable de préciser les définitions qui seront retenues.

De plus, les instruments de normes douces se caractérisent par leur très grande diversité, renforcée par les pratiques spécifiques de tel ou tel pays, ce qui rend particulièrement délicate toute tentative de classement à prétention exhaustive.

SECTION -I CONFUSION DES DEFINITIONS

La Commission européenne a justement souligné que les discussions relatives à la “ soft law ” (terme utilisé en Grande-Bretagne) sont trop souvent limitées à une évaluation des défauts ou des avantages de l'autoréglementation, plutôt qu'à une approche complète des instruments non législatifs. Plutôt que de se concentrer sur la recherche des instruments les plus efficaces, la discussion s'enlise souvent dans des querelles idéologiques ou dans la confusion du vocabulaire.

La Direction Générale de la Santé et de la Consommation de la Commission européenne a tenté de mettre un terme à ces confusions en clarifiant les distinctions entre les différents instruments, qui, s'ils devaient figurer sur une échelle permettant leur classification, auraient pour extrémités l'absence de réglementation étatique d'une part et l'existence d'une législation d'autre part.

Effectivement, la terminologie pose problème et mériterait d’être harmonisée. Jusqu'à présent, il n'existe pas de consensus sur ce que recouvrent précisément ces instruments, ni sur les termes employés pour les qualifier.

Les expressions "autoréglementation", "réglementation volontaire", "normes douces" et "co-réglementation" sont régulièrement employées, mais parfois dans des acceptions différentes.

SOUS-SECTION - 1 Florilège de définitions

Il existe de nombreuses définitions du terme “ self-regulation ”. En voici quelques exemples :

➢"*Le corps des normes et directives de l'industrie qui complète la réglementation fédérale et provinciale."*(Canadian Life and Health Insurance Association).

➢Le docteur BAKER (médecin américain) donne une définition de l'autoréglementation qui est centrée autour du propre intérêt des professionnels : *"it's when a group of people, or companies or what ever, decide that in their own best interest, they should themselves regulate how they go about their joint interests".*

➢*All (partly) voluntary individual or group activities that contribute to the realisation of a common interest within conditions agreed with, or provided by a government or sometimes non-governmental organisation*."(European Environmental Advisory Councils).

➢D'après "l'Australian self-regulation Taskforce"[9], le terme de "self-regulation" comprend les régimes normatifs qui ont été généralement développés par l'industrie (parfois en coopération avec le gouvernement mais appliqué uniquement par l'industrie). Il ne comprend pas la législation publique explicite, ainsi que la réglementation développée par l'administration et confiée pour l'application à l'industrie, *“ bien que pour les besoins du présent groupe de travail il peut inclure la co-réglementation, dans la mesure où un projet est conçu par l'industrie avec une certaine participation de l'administration, mais où l’industrie reste entièrement responsable de son application"*.

[9] *Issues Paper*.

➢"The means by which members of a profession, trade or commercial activity are bound by a mutually agreed set of rules which govern their relationship with the citizen, client or customer. Such rules may be accepted voluntarily or may be compulsory. (Better Regulation Task Force - Grande-Bretagne)[10].

Une panoplie de codes, normes ou systèmes de contrôle qui ne sont pas des mesures législatives, qui sont habituellement gérés par des représentants de l'industrie (parfois avec la participation d'autres organismes, comme les organisations de consommateurs) et qui sont souvent présentés comme l'expression ou l'indication de l'engagement de l'industrie à maintenir un certain niveau ou à l'améliorer (National Consumer Conseil).

➢Roger CLARKE (consultant australien) définit l'autoréglementation comme le fait de choisir des loups comme bergers. *"Tout avantage pour les moutons est accessoire. Les loups sont les premiers bénéficiaires, grâce au faux sentiment de sécurité dont sont victimes les moutons qui sont moins avertis que leurs bergers, et l'esquive d'une véritable réglementation du comportement des loups et d'une véritable protection pour les moutons".*

- Normes Douces et Soft Law

Dans notre étude, les termes de "normes douces" ou de "soft law" en anglais sont utilisés pour définir l'ensemble des règles élaborées directement par les personnes concernées par ces règles.

La "soft law" est un concept issu du droit international public, qui peut se définir comme un ensemble d'instruments qui n'ont pas de force obligatoire, à l'instar des recommandations Ce ne sont des ni lois, ni des règlements, mais des normes étatiques non obligatoires, comme des circulaires. Elles s'opposent au concept de "droit dur" (hard law), qui recouvre les normes contraignantes élaborées par les pouvoirs publics. Les normes douces administratives ne feront pas l'objet de développements dans cette étude L'objet de la mission de Lex Fori est plus d'explorer les nouvelles formes de collaboration entre administrations, entreprises et consommateurs que d'étudier des pratiques administratives.

[10] Further Work on Alternatives to State Regulation

L'on est en présence de normes douces lorsqu'elles sont d'origine consensuelle. Le National Consumer Council[11], organisme britannique très actif dans la représentation des intérêts des consommateurs que nous aurons souvent l'occasion de citer, précise que le concept d'autoréglementation signifie par essence que les règles qui encadrent le comportement dans un marché sont développées, administrées et appliquées par les personnes (ou leurs représentants) dont le comportement doit être encadré.

L'autoréglementation est la plupart du temps l'aboutissement d'une action collective, impliquant les protagonistes d'un secteur, qui s'engagent à respecter des règles communes. Il s'agit initialement d'une action volontaire, les différents participants ayant eux-mêmes pris la décision d'auto-réglementer leur secteur, espérant en retirer un avantage.

La notion de " normes douces " embrasse les sources formelles privées entendues au sens large, c'est-à-dire les " normes " édictées par les professionnels, soit de leur propre initiative, soit sur le fondement d'une habilitation étatique.

Le terme de " normes douces " n'est véritablement usuel en français puisqu'il s'agit en fait d'une traduction heureuse du terme anglais " soft law " Son utilisation est préférable à certains termes qui sont employés dans les articles de doctrine francophones tels que " droit mou " ou " droit vert ". Elle pourrait même être plus exacte que celle de " soft law ".

Le terme de " soft law " souffre de deux imperfections. L'adjectif " soft " augure déjà d'une certaine faiblesse ou inefficacité.

Quant à " law ", il est impropre puisqu'il s'agit en fait plutôt d'une norme que d'une loi.[12]

[11] *Models of self-regulation. An overview of models in business and the professions*

[12] Le professeur Colin SCOTT de la London School of Economics, lors d'une discussion à bâtons rompus avec l'équipe de LEX FORI a convenu que " normes douces " était plus approprié que " soft law ".

Les distinctions nécessaires

Au sein des normes douces, il convient de distinguer l'autoréglementation, les accords volontaires, et la co-réglementation et la quasi-régulation.

L'autoréglementation peut se définir comme l'existence de normes élaborées directement par les entreprises sans que les pouvoirs publics soient impliqués d'une quelconque manière. Les entreprises élaborent de leur propre initiative des normes de conduites et les appliquent directement. Il s'agit donc d'une réglementation purement privée.

Les accords volontaires sont quant à eux caractérisés par la participation d'autres acteurs, tels que organisations de consommateurs ou pouvoirs publics, à l'élaboration et mise en œuvre de la norme douce qui prend la forme d'un accord négocié.

La co-réglementation se traduit par un soutien législatif apporté à l'accord, et l'implication des pouvoirs publics dans le contrôle et l'application des normes.

Dans son acceptation la plus lâche, la co-réglementation se traduit par une participation étatique à des degrés divers, soit au stade de l'élaboration (habilitation/soutien législatif), soit au stade de l'exécution.

Le gouvernement australien considère que l'on est en présence d'une co-réglementation lorsque l'industrie développe et administre un code et que le gouvernement offre la capacité d'appliquer le code, en apportant une forme de soutien législatif[13].

Enfin, la quasi-régulation, que d'aucuns considèrent comme une simple variante de la co-réglementation, recouvre les codes imposés par le gouvernement ou par une autorité publique en vertu d'une loi, mais dont l'application est laissée à l'industrie concernée.

Les distinctions nécessaires ne sont pas toujours observées dans la pratique ce qui ne fait qu'entretenir une certaine confusion.

[13] La "Better Regulation Task-Force du gouvernement britannique la définit comme un "partenariat entre plusieurs acteurs" (juillet 2000, "Further Work on Alternatives to State Regulation such as Self-Regulatory regimes, tandis que le "Dialogue Transatlantique des Consommateurs (Doc N° Ecom. 21-00 juin 2000) la qualifie de "autoréglementation opérant dans un cadre législatif".

Une partie de la confusion de vocabulaire provient du fait que le terme générique “ normes douces ” ou “ soft law ” est moins souvent employé que celui de autorèglementation / "self-regulation". Ce dernier terme qui devrait désigner qu’une forme de normes douces est très fréquemment utilisée pour désigner l’ensemble des normes douces. Si par exemple, le terme de “ soft law ” est reconnu et pratiqué en Grande-Bretagne, il est presque inconnu en Australie, au Canada et aux Etats-Unis où domine celui de “ Self-regulation ”.

L’absence de “ normalisation ” de vocabulaire rend confus voire stérile de nombreux débats. Tout en utilisant le même vocable, les protagonistes parlent de classes différentes :

- autoréglementation laissée à la seule initiative de l’entreprise ;

- Gamme complète d’instruments de normes douces facilitant la collaboration entre entreprises, pouvoirs publics et consommateurs.

Le séminaire organisé en octobre 1999, par la DG SANCO, sur le thème des normes douces et des télécommunications a montré que souvent chacun imagine un concept différent sous le même vocable.

Aucun débat sérieux ne peut avoir lieu sans une clarification préalable de vocabulaire employé.

Outre la confusion des définitions, les normes douces se caractérisent par leur très grande hétérogénéité, qui contribue également à rendre complexe toute étude détaillée. Il est donc nécessaire d'établir un classement des différents instruments de normes douces.

C’est une véritable gamme d’instruments qui existe.

SECTION - II LA MULTIPLICITE DES INSTRUMENTS

Les instruments de normes douces se caractérisent par leur grande diversité. Différents classements existent, qui varient selon les pays, mais ils sont souvent incomplets ou font trop souvent appel à des références juridiques propres au pays concernés. Une tentative de compromis nous a dès lors conduit, à proposer notre propre classement.

La classification n’est, bien sûr, pas une fin en soi. Mais elle permet de bien mettre en lumière les multiples possibilités qu’offrent les normes douces.

SOUS-SECTION - 1 Différentes approches

Les approches sont multiples. Par souci de simplification, nous nous limitons à évoquer trois exemples de classement : d'une part celui de l'organisation britannique de consommateurs, le National Consumer Council (la Grande-Bretagne est un pays particulièrement actif en matière de normes douces) ; d'autre part, celui de la Commission européenne, par son autorité, et enfin celui d'un juriste canadien, parce qu'il est novateur.

§ 1 - Le classement du National Consumer Council[14]

Une typologie pourrait être établie selon l'effet obligatoire de ces normes ou les motivations qui ont conduit à mettre au point de tels instruments. Mais la classification la plus simple consiste à les distinguer selon la façon dont ils ont été élaborés.

Ils sont présentés en l'espèce selon un degré croissant de juridicité. Cette classification est celle retenue par le National Consumer Council (NCC), in "Models of self-regulation" qui a recensé huit principaux types d'instruments :

- Codes de conduite unilatéraux

Une entreprise, à titre individuel, décide d'adopter et de respecter un certain nombre d'objectifs qui la conduisent à des restrictions dans son comportement à l'égard de ses consommateurs. Il s'agit en quelque sorte de la forme la plus pure d'autoréglementation. Les raisons qui motivent l'élaboration de tels engagements sont variées, mais elles sont liées à un intérêt de l'entreprise. Il peut s'agir d'obtenir un avantage compétitif, de réduire les critiques, de détourner l'attention du législateur sur la nécessité de légiférer, de promouvoir la réputation auprès des travailleurs, des clients ou des actionnaires.

[14] Les développements qui suivent sont un résumé de l'étude du NCC, *Models of self-regulation. An overview of models in business and the professions*

Ces engagements peuvent être rendus publics, et portés plus particulièrement à la connaissance des consommateurs ou bien relever de la gestion interne de l'entreprise. Dans certains cas, ils constituent une obligation contractuelle. Cela dépend de la volonté de l'entreprise. Ce type de code se retrouve essentiellement dans les marchés très concurrentiels. Leur valeur est plus éthique que juridique.

Exemples : certaines entreprises de vente par correspondance permettent aux consommateurs d'annuler une commande et de retourner les biens, en remboursant souvent les frais de port. Certaines entreprises offrent une réduction ou une récompense si le même produit est vendu dans un autre magasin à un prix inférieur.

➢Charte de Consommateurs

Comme pour la catégorie précédente, ce type de charte est adopté par une entreprise déterminée. Cette charte ressemble à un Code de conduite mais dans une version plus aboutie. Elle embrasse tous les aspects essentiels du commerce et des relations avec les consommateurs, mais elle ne résulte pas d'une action collective avec d'autres entreprises.

Elle garantit des niveaux de performance, des pénalités lorsque ces niveaux ne sont pas atteints, des audits indépendants sur les performances de l'entreprise et des rapports publics sur les performances réelles.

L'objectif est de donner satisfaction sur tous les aspects du service de l'entreprise, au-delà du seul acte d'achat. Ce type de charte est censé entraîner des sanctions pour l'entreprise dès que le consommateur n'est pas satisfait.

Exemples :

- la charte anglaise de consommateur, comme la Charte des Citoyens (appelée désormais Service First) de laquelle elle découle, est un engagement formel et public de l'entreprise de combiner le respect de ses obligations légales avec des initiatives au service des consommateurs [15]:

- la Charte des consommateurs de l'Australian Associated Motor Insurers Limited qui établit dix-sept engagements spécifiques de performance[16].

➢Codes Unilatéraux par secteurs

Il s'agit d'un code de conduite adopté unilatéralement par un secteur ou une profession, sans consultation ou négociation avec les autres personnes intéressées (les consommateurs, les pouvoirs publics…).

Paradoxalement, ce type de code présente toutes les caractéristiques d'une réelle autoréglementation (entièrement volontaire, auto-imposée et collective) mais est en voie d'extinction en Grande-Bretagne Il s'agit d'un code adopté unilatéralement par une industrie ou une profession sans consultation externe. Le contexte actuel rend ces codes inadaptés, dans la mesure où l'élaboration de telles normes sans consultation externe diminue leur crédibilité. Très souvent utilisés dans le passé, il en subsiste encore quelques-uns.

[15] L'engagement comprend ici
- des degrés précis de performance concernant toutes les activités importantes pour les consommateurs ;
- des pénalités précises lorsque les standards ne sont pas respectés ;
- Un audit indépendant des performances de l'entreprise ;
- Un rapport complet et public des performances réelles.

[16] Telles que la disponibilité des décideurs pour gérer les requêtes et les plaintes, une documentation en langage simple, une réponse détaillée à toute demande écrite de renseignement dans les cinq jours ouvrables, des procédures accessibles et gratuites de résolution des litiges en interne…

Exemples :

- le code de conduite sur le commerce électronique élaboré, en avril 1998, par la chambre internationale de commerce. Ce code semble n'avoir donné lieu qu'à des consultations minimales avec les organisations nationales ou internationales de consommateurs.

- Il existe aussi une autoréglementation unilatérale en matière de médecines complémentaires et alternatives. La plupart des praticiens ont adhéré à des organisations qui fixent des normes.

➢Codes Négociés

Ces codes sont fréquents en Grande-Bretagne. Il s'agit de codes négociés ou qui ont à tout le moins fait l'objet de discussions, entre une profession d'un côté, et le gouvernement et des représentants de consommateurs de l'autre. Dans certains cas, les représentants des consommateurs participent au contrôle de l'application du code, mais cela n'a rien de systématique.

Exemples en Grande-Bretagne :

- le code britannique de conduite publicitaire et de ventes promotionnelles, les systèmes d'*Ombudsman* du secteur des services financiers, des agents immobiliers et des entrepreneurs de pompes funèbres…

- cette catégorie inclut les initiatives élaborées avec le concours ou par des autorités locales, dans lesquels les commerçants locaux peuvent demander un agrément (exemple : les schémas des bons commerçants). Une autre forme consiste dans des codes préconisés par des ministères comme une alternative à la réglementation[17].

➢Codes négociés approuvés par un organisme public tel qu'un "Conseil de la Consommation" (par l'Office of Fair Trading, en Grande-Bretagne)

[17] Autre exemple : le code de bonne conduite sur les étiquetages verts, lancé par le ministère britannique de l'Environnement, en février 1998. L'objectif était d'aider les industriels et les détaillants à éviter les étiquetages incompréhensibles ou mensongers sur les emballages, signifiant que le produit a un impact positif sur l'environnement.

Cette catégorie n'est qu'une variante de la précédente. Ces codes sont élaborés par les associations de commerçants, mais avec la consultation d'un organisme public tel qu'un "Conseil de la Consommation ". Cela donne une efficacité plus importante. En Grande-Bretagne, il en existe quarante-neuf. En vertu de la section 124 du Fair Trading Act, le Directeur Général du Commerce Equitable a le devoir d'encourager les associations professionnelles à élaborer et à adopter des codes qui protègent les droits des consommateurs[18].

En bref, dans un rapport publié en 1998, l'OFT[19] a considéré que ce type de code n'a pas répondu à ses attentes. En dehors de quelques cas, le régime général de ces codes n'a pas entraîné le soutien de toutes les parties intéressées[20].

➢Codes "reconnus"

Ces codes sont soit élaborés sur la base d'une habilitation légale préalable à leur rédaction, soit ratifiés ultérieurement par une loi.

Exemples : les "codes" professionnels des avocats et des médecins.

---

[18] Récemment, l'efficacité des codes de conduite soutenus par l'OFT a donné lieu à des interrogations de la part des organisations de consommateurs et de l'OFT lui-même. Office of Fair Trading 'OFT) est une agence gouvernementale britannique chargée des questions de commerce et de consommation.
En 1996, le Congrès de la Consommation a dressé un bilan assez négatif. Sauf exception, la situation s'est caractérisée par une inactivité et une certaine insuffisance des associations professionnelles. Les plaintes enregistrées ont été peu nombreuses, voire même totalement inexistantes.
Un nombre infime de ces associations a mené des recherches pour mesurer la connaissance de leur code par le public, et leur attitude par rapport à ce code. L'implication de non-professionnels était l'exception, les engagements étaient rarement respectés et les sanctions peu appliquées.
[19] *Raising Standards of Consumer Care.*
[20] Les associations professionnelles ont eu du mal à concilier le rôle de défenseur des intérêts de ses membres et celui de contrôleur du respect des standards.
Les codes n'ont qu'une faible visibilité et leur format est souvent trop long, trop variable et trop compliqué pour avoir un impact significatif sur les consommateurs. Les codes n'ont qu'une faible influence sur la décision d'achat, ce qui implique une motivation médiocre des entreprises à les respecter. Il y a un risque de recherche du plus petit dénominateur commun lors de l'établissement des normes.
Les associations professionnelles ont fait face à des conflits disciplinaires difficiles, en particulier lorsque l'expulsion était la principale sanction. Le nombre de consommateurs ayant recours aux schémas de réparation est particulièrement faible.
Certains commerçants de bonne réputation préfèrent ne pas s'impliquer dans les codes en raison des risques pour leur image de marque. Les associations professionnelles manquent généralement de ressources pour améliorer l'image du code, et il y a parfois des litiges ou des empiétements avec d'autres associations professionnelles.

➢Codes Officiels

Il existe de nombreux codes de ce type. Ils sont élaborés par un ministère ou une agence de régulation, souvent sur la base d'une habilitation légale. Ils bénéficient d'un apport d'autoréglementation, et doivent être respectés au sein du secteur concerné. L'application de ces codes s'effectue selon des méthodes traditionnelles, c'est-à-dire qu'ils sont susceptibles d'application juridictionnelle.

Exemples : code élaboré par le directeur général de l'OFT relatif aux agents immobiliers. Code du ministère du Commerce et de l'Industrie concernant les voyagistes. L'interprétation de ces codes relève des tribunaux.

➢Codes Légaux

Cette catégorie est à la limite de l'autoréglementation même dans sa définition la plus large. Il s'agit de codes imposés par le gouvernement ou par une autorité publique en vertu d'une loi, mais qui ne disposent pas de la force d'une loi.

De plus, les entreprises concernées disposent d'un grand pouvoir d'influence dans la négociation de ces codes. Ils sont utilisés comme un complément de la législation, sans s'y substituer. Ils sont plus vagues dans le style et le contenu qu'une loi formelle, et ne sont pas nécessairement destinés à disposer d'une force obligatoire dans tous les cas de figure[21].

[21] Exemples :

- en Grande-Bretagne, la loi sur le trafic routier de 1988 autorise le ministère des Transports à publier un code des autoroutes.

L'exemple suivant illustre le statut des codes légaux. En vertu de la loi sur la sécurité alimentaire de 1990, le gouvernement peut publier un code de conduite à destination des autorités d'exécution pour qu'elles remplissent les fonctions qui leur sont conférées par la loi. Avant la publication du code, les ministres doivent consulter les représentants des différents groupes concernés par celui-ci.
Les codes visent, entre autres, l'application des réglementations relatives à l'hygiène de la viande, l'hygiène des produits laitiers, les standards de nourriture et les procédures d'inspections. Les ministres peuvent contraindre une autorité à prendre des mesures pour respecter les dispositions du code. Le code peut être appliqué par les tribunaux, autrement le code fonctionne comme une des lignes directrices.

Il existe de plus en plus de codes de ce type, en matière de consommation. L'exemple le plus significatif concerne l'étiquetage des prix. La loi britannique de protection des consommateurs de 1987 interdit les étiquetages faux ou trompeurs, mais avec le soutien d'un code de conduite légal. Ce dernier peut servir de preuve, mais n'est pas obligatoire en lui-même.

Le code est certes élaboré par un secrétaire d'Etat, mais il doit respecter l'avis du Directeur Général du Commerce Equitable, et les différentes parties intéressées sont consultées. Les associations professionnelles ont une influence essentielle sur le contenu final du code.

Dans une perspective un peu différente de celle du classement du NCC, qui laisse apparaître un certain nombre de spécificités qui caractérisent les pratiques britanniques, la Commission européenne a dressé une typologie des instruments de normes douces.

§ 2 - Le classement de la Commission

Dans le cahier des charges de la présente étude, la Commission européenne a distingué un certain nombre d'instruments de normes douces : les codes de bonne conduite, les accords de co-réglementation, les recommandations, les codes de bonnes pratiques, les déclarations communes d'intention, les normes de qualité et les procédures de recours.

Elle a réparti ces différents instruments en deux grandes catégories :

-L'autoréglementation : ce sont les normes juridiques douces élaborées par et pour l'entreprise ;

- La réglementation volontaire : il s'agit des normes juridiques douces encouragées par les pouvoirs publics et élaborées en coopération avec les acteurs concernés ou par la coopération entre ces derniers.

Le classement le plus actuel de la Commission se présente sous la forme d'un schéma très simple :

Pas de réglementation Réglementation étatique

Autoréglementation Co-réglementation

Accords volontaires

Le classement de la Commission reflète le souci, non d'une exhaustivité scientifique, mais d'une simplification et d'une clarification du débat.

Il vise à souligner le rôle des autorités publiques et à inciter les acteurs économiques et les pouvoirs publics à utiliser l'ensemble de la gamme des instruments et à sortir du débat stérile sur l'efficacité de mesures purement volontaires.

Enfin, le troisième et dernier classement retenu est le classement canadien. La démarche ici est moins simple que celle de la Commission, moins descriptive que celle du National Consumer Council, elle reflète la vision d'un chercheur.

§ 3 - Le classement canadien

Un chercheur canadien, Margot Priest[22] a distingué cinq catégories d'instruments :

- Les codes de conduite volontaire

- L'autoréglementation "statutaire" ou fixée par la loi

  Exemple : les professions réglementées (avocats, médecins…)

- Les règlements internes de société (cas des secteurs dans lesquels il existe un quasi-monopole : mines, chemins de fer). Sous réserve de contrôle gouvernementaux, la réglementation d'un certain nombre de questions techniques est laissée à l'appréciation de l'entreprise

[22] *The privatization of regulation : five models of self-regulation.*

➢Autoréglementation supervisée ou contrôlée par des agences gouvernementales (cas des marchés financiers : l'équivalent de la COB en France et du SEC aux Etats-Unis).

➢Auto-management réglementaire (délégation de l'autorité réglementaire à une autorité privée ; exemple : dans l'Etat de l'Ontario, les licences d'agents immobiliers sont délivrées par un ordre professionnel et non plus par l'Etat).

Il nous paraît difficile d'innover par rapport aux classements exhaustifs établis par le NCC et Mme Priest ; LEX FORI propose pour sa part un début de compromis entre ces différentes approches. Nous qualifions ce classement de " compromis ", parce qu'il tient compte des deux principaux critères généralement usités pour répertorier les normes douces, à savoir d'une part, le degré de juridicité des normes, présenté par ordre croissant, et d'autre part le mode d'adoption de ces normes (initiative strictement unilatérale ou fruit d'une négociation)

SOUS-SECTION-2

Un compromis honorable : le classement suggéré par LEXFORI

Avant d'aborder notre classement proprement dit, il nous semble opportun de réaliser, pour chaque type de normes douces, deux subdivisions.

§ 1 - Une première subdivision peut être effectuée entre les " normes techniques " et les " normes commerciales ".

➢Normes Techniques

Les normes techniques ont pour objet de décrire les caractéristiques d'un produit, à savoir ses qualités, la nature des prestations vendues, les limites d'utilisation, la sécurité etc.

Elles sont donc, par définition, accessibles au public.

Ces normes sont le plus souvent établies en collaboration et avec le consensus ou l'approbation de toutes les parties intéressées, à savoir les administrations concernées, les organisations professionnelles, et l'organisme de normalisation. Elles sont en principe approuvées par un organisme qualifié sur le plan régional, national ou international. (Par exemple, en Belgique, l'Institut Belge de Normalisation, en abrégé IBN, au niveau européen, le Comité Européen de Normalisation.). Elles peuvent aussi être adoptées au sein d'un secteur déterminé, sans recours à la négociation.

Ces normes techniques, qu'elles soient ou non homologuées par un organisme qualifié, seront généralement considérées comme des normes de " savoir-faire ", destinées à aboutir, en cas de conformité d'un produit à ces normes, sur l'octroi d'une " marque de conformité ". A travers le mécanisme des " marques de conformité ", ces normes tendent à contribuer à augmenter la transparence du marché au profit des autres professionnels, des consommateurs et de l'autorité publique.

De telles normes doivent être distinguées de prescriptions et réglementations à contenu technique, qui émanent d'une autorité établie au niveau législatif ou administratif, en ce que d'une part, du point de vue matériel, ces normes ne contiennent pas en soi de véritable règle de conduite, et d'autre part, du point de vue formel, elles ne puisent de force contraignante que dans un mécanisme de rattachement à une règle ou un acte ayant valeur de loi.

➢Normes commerciales

Ces normes s'identifient à des normes de " déontologie " des affaires, destinées à améliorer la productivité du secteur, accroître la transparence et partant, mieux servir l'intérêt public.

Nous citerons comme exemples :

- En Grande-Bretagne, le " City Code on Takeovers and Mergers ", contenant des prescriptions très détaillées des garanties à fournir et de la procédure à suivre en cas de fusion / acquisition d'entreprises. La surveillance du respect de ce code est confiée au " Panel on Takeover and Mergers ", composé des représentants des organisations professionnelles, des compagnies de bourses, et de la Banque Nationale d'Angleterre.

- Nous mentionnerons également le “ Code of Conduct of Dealers in Securities ”.

- Au niveau européen, on citera l’exemple bien connu du Code International de la Franchise, édicté par l’International Franchise Association, et les nombreux codes adoptés sous les auspices de la Chambre de Commerce International, par ex.

Le Code des Pratiques Loyales en matière de Publicité, qui constitue un élément de référence pour la prise de mesures disciplinaires de la part d’organismes nationaux investis d’un tel pouvoir.

§ 2 - Une seconde subdivision peut être effectuée entre les normes douces “ discrètes ”, et celles faisant l’objet d’une publicité.

➢Les normes douces discrètes, comme leur nom l’indique, s’appliquent dans l’intérêt des consommateurs sans que ceux-ci aient été au préalable informés de l’existence et de l’application de ces normes.

Nous citerons comme exemple : le code de déontologie en vigueur au sein de l’industrie de la construction automobile française qui prévoit que les constructeurs s’abstiennent d’utiliser la vitesse comme argument commercial. On peut citer également les accords pris en Belgique par les opérateurs de téléphonie mobile, interdisant à ceux-ci de pratiquer certaines combinaisons de tarifs pouvant tourner à la confusion des consommateurs.

Ces normes produisent un effet sans que les consommateurs n'en soient informés.

➢Les normes douces “ publiques ” sont celles qui figurent dans des codes, chartes et autres documents diffusés dans le public, car elles mettent en oeuvre des mécanismes de protection nécessitant une initiative et des démarches de la part du consommateur (ex : mécanismes de réclamation et de plainte ; garantie à invoquer en cas de non-conformité d’un produit…).

§ 3 - Un classement en fonction de deux critères.

Venons-en au classement proprement dit. Ainsi qu'on l'a vu, il est réalisé d'une part en fonction du degré de juridicité croissant de la norme, et d'autre part en fonction du mode d'adoption de celle-ci.

3.1 - L'autoréglementation

3.1.1 - Individuelle

Cette notion recouvre toute norme prise individuellement au sein d'une entreprise, en vue d'adopter une règle destinée à faire face à un problème donné, à un niveau strictement horizontal. Ce type de norme voit le jour généralement dans des secteurs d'industrie assez concurrentiels, le but recherché étant le plus souvent de se donner une légitimité et de se distinguer de ses concurrents.

3.1.2 - Par secteurs

Il s'agit du même type de norme, mais adoptée au sein d'un secteur industriel ou d'une corporation donnée.

Ces deux formes d'autoréglementation se caractérisent par leur caractère strictement unilatéral, excluant donc toute consultation, et a fortiori participation des autres acteurs concernés.

3.2 - La règlementation négociée

3.2.1 - Privée, entre agents économiques

Il s'agit de normes adoptées au sein d'une fédération d'entreprises ou d'une corporation, sans consultation externe.

3.2.2 - Privée, entre agents économiques et représentants de consommateurs

Cette notion recouvre les codes ou chartes négociées entre la profession concernée et les représentants de consommateurs.

3.2.3 - Privée, mais approuvée par un organisme public

La caution d'un organisme public, telle l'autorité de régulation (par exemple, dans tous les secteurs d'intérêt général) ou une organisation de consommateurs a pour effet de conférer une plus grande crédibilité. La reconnaissance s'exprime généralement par l'apposition d'un logo.

3.2.4 - Privée, mais sanctionnée à des degrés divers, pouvant aller jusqu'à l'intégration de la norme au droit positif.

La " sanction " peut être constituée par une habilitation légale ou une reconnaissance dans un texte légal ou réglementaire. Ce type de normes est en principe susceptible de faire l'objet d'une application juridictionnelle. (par exemple : codes de déontologie).

Nous retirons deux enseignements de ce premier chapitre consacré aux définitions indispensables et à la typologie des instruments. Une politique de développement des normes douces doit tenir compte de deux impératifs préalables :

- Préciser le vocabulaire qui sera employé et définir les concepts ;
- Mettre en avant la gamme complète des instruments disponibles.

Il ne s'agit pas d'infliger aux décideurs et instigateurs de normes douces une réflexion théorique abstraite qui serait plus du ressort de l'université. Simplement, mettre en place un système de normes douces efficaces n'est pas chose aisée. Nous y reviendrons. Un minimum de clarification préalable est nécessaire, si l'on veut construire sur des bases saines[23].

[23] Sur ce point, la suggestion de l'ETNO (Fédération européenne des opérateurs publics de télécommunication) peut s'appliquer à toute politique de normes douces.
Because of the number of different approaches to delivering 'soft law' ETNO believes that the whole subject is liable for misinterpretation. As a result we believe that is important to clarify the different proposals so that the advantages and disadvantages can be clearly identified.
L'important d'une définition claire des termes employés est également soulignées par les organisations australiennes de consommateurs (avis de décembre 1999 de trois associations de l'Etat de Victoria à la "Taskforce" sur la "self-regulation") :
"We submit that definitions which blur the lines between the natural meaning of terms, particularly self-regulation and co-regulation are unhelpful and confusing".

Deux définitions peuvent être alternativement retenues :

Au sens large peuvent être qualifiées des normes douces toutes les normes à l'exception des lois, des règlements et des contrats.

Dans un sens plus strict, les normes douces, édictées par des professionnels soit de leur propre initiative soit en collaboration avec les consommateurs ou avec l'Etat ou soit sur le fondement d'une habilitation étatique, sont un ensemble d'instruments d'application consensuelle. Elles n'ont pas, en général, de force obligatoire.

Confusion de vocabulaire et ignorance de l'ensemble des formes d'actions possibles sont des obstacles sérieux au développement des normes douces. Sous-estimer l'importance de ces obstacles serait une faute d'autant plus regrettable que l'exercice de clarification est simple à mettre en œuvre.

C'est un exercice autrement plus facile que la recherche de l'efficacité que nous abordons dans le chapitre suivant.

CHAPITRE II : APPROCHE DE L'EFFICACITE

Nul ne conteste que l'objectif qui doit être poursuivi par toute norme, étatique ou non, doit être l'efficacité. Pour être efficaces, les règles doivent présenter un certain nombre de caractéristiques : être claires, adaptées, pouvoir être contrôlées et sanctionnées notamment à l'initiative des consommateurs.

Après avoir défini les termes utilisés en matière de "soft law" et avoir procédé à un inventaire des différents instruments de normes douces, il paraît logique de s'interroger sur l'efficacité des normes en général et des normes douces en particulier. La mission confiée par la Commission européenne à Lex Fori, qui est d'approfondir la question des conditions de l'efficacité des normes douces, implique au préalable de réfléchir à l'efficacité des normes en général.

L'objectif de toute norme est l'efficacité. Traditionnellement, c'est la réglementation étatique qui est considérée comme la plus efficace, en raison de son caractère normatif qui la rend obligatoire et universelle.

Mais elle ne détient pas le monopole de l'efficacité. La norme douce étant une norme, elle a également vocation à l'efficacité.

Avant de considérer les conditions et les facteurs d'efficacité des normes douces (voir chapitres suivants), il faut examiner la structure de la norme efficace et les instruments de mesure qui permettront de se prononcer sur le degré d'efficacité de la norme.

Autrement dit :

- Quels critères et quels instruments utiliser pour mesurer l'efficacité ?

- Quels sont les attributs d'une norme efficace ?

Toute réflexion sur l'efficacité d'une norme conduit à s'interroger sur les instruments permettant de la mesurer. Or la difficulté vient du fait qu'il n'existe pas de véritables instruments scientifiques pour mesurer celle-ci.

Comment porter un jugement de valeur sur les normes douces en l'absence d'instrument de mesure fiable ? Il paraît difficile d'évaluer l'efficacité d'un système normatif, sans critères et instruments de mesure objectifs. Pourtant, l'évaluation sans recours à des indicateurs objectifs est la règle plutôt que l'exception. **Il est frappant de constater la pauvreté des méthodes d'évaluation des mécanismes de normes douces**. Dans le pire des cas, nombre de systèmes de normes douces ne font l'objet d'aucune évaluation.

Une fois créée, la norme douce ne suscite guère d'intérêt de la part de ses concepteurs. Aucune méthode d'évaluation, même empirique, n'est mise en place. Aucun bilan n'est dressé. Dans son évaluation des codes de bonne conduite, l'agence britannique, "l'Office of Fair Trading" cite le cas de plusieurs organismes professionnels qui étaient incapables de donner la moindre information sur le fonctionnement réel de leurs codes.

Ces exemples ne sont pas isolés. L'équipe de LEX FORI a interviewé plusieurs rédacteurs de codes qui ne possédaient aucune information sur l'efficacité de ces codes. Le code a certes le mérite d'exister. Cependant, bien évidemment, le code réduit à un ornement incantatoire n'offre qu'un intérêt limité pour une analyse sérieuse. Mais, même dans le meilleur des cas, l'évaluation reste primitive.[24]

Bien que l'équipe de LEX FORI ait compulsé des centaines d'ouvrages, d'articles, et de documents divers sur les normes douces et interrogé des dizaines d'acteurs dans ce domaine, elle n'a rencontré aucune évaluation scientifique ou ayant l'apparence d'une démarche scientifique. A sa connaissance seule l'administration canadienne a abordé en détail la question des critères d'évaluation, sous une forme toutefois assez empirique.

Certes, l'évaluation de l'efficacité d'une norme douce est plus difficile en matière de protection du consommateur qu'en matière

[24] (Virginia Haufler "International Business Self-Regulation : A contribution to Public Policy", Intervention du 25/02/99, séminaire MGI).

d'environnement. Un accord qui fixe un objectif en matière de réduction d'émission de gaz carbonique ou de rejet de tel ou tel polluant offre déjà, avec un objectif quantifiable, la possibilité d'une vérification scientifique de son efficacité. Il ne manque pas, d'ailleurs, d'études de cas extrêmement minutieuses et développées.

Néanmoins, malgré la différence de nature entre ces deux domaines (environnement et consommation), la déception du chercheur ne peut qu'être immense face à la pauvreté des instruments de mesure utilisés en matière de normes douces "consommation".

Lorsque dans une analyse d'un système de normes douces un jugement d'efficacité est porté (ce qui au demeurant n'est pas extrêmement fréquent) il n'est, dans quasiment tous les cas, accompagné d'aucune explication sur les éléments qui ont permis à l'auteur de fixer son jugement.

Que ce soit dans la louange ou dans la critique, les auteurs et les commentateurs semblent souvent se fonder plus sur un parti pris idéologique, anti ou pro normes douces, que sur le moindre semblant de méthodes scientifiques.

Même lorsque la qualité de l'auteur et son expérience donnent une certaine crédibilité à ses jugements, on reste néanmoins dans le domaine de l'empirisme.

Les critères d'efficacité des commentateurs semblent consister essentiellement en une impression de succès ou d'échec.

Si un certain nombre d'auteurs concluent dans le même sens, ce consensus suffit à déterminer un jugement définitif. L'amateur de démarche scientifique reste sur sa faim. La notoriété d'un système de normes douces remplace son évaluation scientifique.

Dans ces conditions, les rédacteurs de la présente étude ont été limités dans la gamme d'instruments de mesures fiables et donc livreront leurs conclusions avec la modestie qui sied aux travaux basés sur des impressions.

Cette réserve faite, quels indicateurs proposer ?

- Opinion positive ou négative des commentateurs ;
- Consensus des opinions ;
- Popularité ou notoriété du système ;
- Pérennité du système ;
- Diffusion dans un grand nombre de pays ;
- Activité du système mesuré par des indicateurs quantitatifs tels que nombre de réclamations traitées.

Dans l'absolu, il faudrait avoir recours à des enquêtes d'opinion, des sondages, des indicateurs de performance, des "mystery clients", et autres méthodes scientifiques, pour mesurer le taux de conformité aux principes que la norme douce se proposait de faire appliquer, et ce, avant et après son entrée en vigueur.

Le problème de la pauvreté des instruments de mesure de l'efficacité est donc bien réel. Il est difficile de mesurer l'effectivité d'une norme. C'est pourtant essentiel. Comme l'a rappelé P. Jestaz[25], "*une règle est effective lorsque les décisions des autorités publiques et /ou des particuliers se conforment au modèle qu'elle édicte*". Une norme est ainsi mesurée à l'aune de ses résultats. Il s'agit de savoir si la norme produit l'effet escompté. L'on attend d'une norme qu'elle ait une effectivité importante, c'est-à-dire qu'elle influe sur le comportement de la grande majorité des personnes concernées, et que les contrevenants éventuels soient sanctionnés

Cela vaut aussi bien pour la réglementation étatique, dotée d'une force obligatoire, que pour les instruments de normes douces, qui n'ont généralement qu'un caractère incitatif.

Cette carence d'instruments de mesure n'est pas une fatalité, puisque, ainsi qu'il l'a été rappelé plus haut, il existe dans d'autres domaines tel que l'environnement des travaux de recherche extrêmement poussés sur l'efficacité des normes douces.

[25] in *La sanction ou l'inconnue de droit*.

Il nous paraît donc indispensable que les pouvoirs publics encouragent la recherche en matière d'instrument de mesure et l'évaluation scientifique des mécanismes de normes douces les plus significatifs.

SECTION - II- LA NORME EFFICACE

Afin de déterminer les normes douces les plus efficaces et d'identifier celles qui ont le plus de chance de trouver un écho dans la pratique, il est indispensable de rappeler les conditions premières d'efficacité de toute norme à défaut desquelles les normes douces se trouveraient dépourvues de pertinence. Les trois éléments fondamentaux qui caractérisent l'élément normatif d'une règle sont : **des règles qui tendent à imposer un comportement, un contrôle et une application de ces règles, un système de recours pour les personnes en invoquant le respect.**

Traditionnellement, la réglementation étatique réunit ces trois éléments. La norme douce, bien que distincte dans son inspiration, comme dans sa mise en œuvre, n'en reste pas moins dépendante de ces critères.

SOUS-SECTION - 1 La Théorie de la norme

Avant d'envisager les éléments distinctifs de la norme juridique, il nous a paru opportun de consacrer quelques développements théoriques à l'équivoque de la notion de " norme " de même qu'à la notion " d'ordre juridique ".

Cependant, afin de ne pas trop alourdir la lecture de ce qui se veut essentiellement une étude pratique par des développements théoriques, ceux-ci ont été mis en annexe. Le lecteur féru de théorie du droit pourra s'y reporter.

SOUS-SECTION - 2 Efficacité de la norme

§ 1 – Les éléments de la norme efficace

Pour qu'une norme soit efficace, trois éléments doivent être réunis d'une façon ou d'une autre : des règles, le contrôle et l'application de celles-ci, et un système de recours.

En premier lieu, les règles qui imposent un comportement doivent être claires et adaptées aux problèmes qu'elles sont destinées à régler. Elles doivent être flexibles, afin de pouvoir être modifiées pour tenir compte d'éventuelles évolutions qui les rendraient inadaptées ou caduques.

En deuxième lieu, le contrôle et l'application des règles nécessitent de disposer de moyens humains et financiers adéquats. Il faut souvent qu'une structure institutionnelle veille à la bonne application des normes. Il est nécessaire que les contrôles soient réellement effectués dans la pratique, sinon les personnes visées par la norme risquent de ne pas tenir compte des obligations qui pèsent sur elles. De plus, les autorités chargées du contrôle doivent disposer d'un pouvoir de sanction, en vue de punir les éventuels contrevenants.

En effet, pour être efficace, une norme doit prévoir des moyens, à même d'obliger ceux qui ne respectent pas les règles à modifier leur comportement. Il est nécessaire de disposer d'une échelle de sanctions adaptée aux différents types de violation, et, dans les faits, de prononcer effectivement ces sanctions, même les plus lourdes.

Dans ces conditions, ces sanctions joueront également un rôle dissuasif et pédagogique à l'égard des autres personnes qui craindront ainsi de violer la norme.

Enfin, des mécanismes de recours doivent exister, pour permettre aux citoyens d'exiger le respect de la norme. Ces mécanismes de recours doivent être accessibles, notamment en termes de coût, et mettre en œuvre des procédures relativement rapides, afin de permettre la résolution d'un litige dans un délai raisonnable.

Si ces conditions ne sont pas réunies, les personnes lésées hésiteront à entamer une procédure de recours, et n'obtiendront pas réparation. De manière plus générale, les comportements qui ne respectent pas la norme risquent de persister, dans la mesure où ils ne font pas l'objet de sanctions.

§ 2 - La Norme Etatique

La norme étatique comporte par essence ces trois éléments.

A-t-elle pour autant le monopole de l'efficacité ?

Il va de soi que si c'était le cas la présente étude n'aurait de sens. Mais cette question doit être posée, car très souvent dans les débats sur l'application des normes douces certains intervenants donnent l'impression que la norme étatique serait d'une efficacité parfaite et la norme douce n'aurait qu'une fonction incantatoire.

Il est vrai que traditionnellement, la réglementation étatique est considérée comme la norme la plus efficace et la plus effective.

En premier lieu, les règles fixées par la réglementation étatique offrent de nombreuses garanties d'efficacité. Elles sont élaborées par des autorités légitimes, issues d'un processus démocratique (à tout le moins dans les pays occidentaux).

Les normes élaborées par ces autorités sont universelles et coercitives : elles s'appliquent à tous, sans possibilité de refuser de respecter les règles fixées par la loi.

En second lieu, le contrôle et l'application de la réglementation étatique sont effectués par les pouvoirs publics qui disposent des moyens adéquats en termes humains, financiers, et matériels. Il peut s'agir d'organismes gouvernementaux, d'agences indépendantes ou d'un corps privé qui reçoit une habilitation étatique en vue de procéder à des contrôles. Ces organismes de contrôle sont censés être indépendants des personnes contrôlées.

Pour garantir l'application de la réglementation étatique, les pouvoirs publics disposent, dans la majorité des cas, d'un pouvoir de sanction. Il existe souvent une échelle de sanctions, la plus sévère pouvant conduire à l'utilisation de la force pour faire respecter la norme. Or, seul l'Etat dispose légitimement de la possibilité de recourir à la force.

Enfin, la réglementation étatique peut être invoquée devant les tribunaux, en cas de non-respect, en vue d'obtenir réparation. Lorsque le non-respect d'une obligation légale a causé préjudice à une personne, celle-ci peut saisir la justice pour faire valoir ses droits. Les décisions rendues par la justice étatique font autorité, et le contrevenant est obligé de les respecter.

§ 3 - Les limites de la Norme Etatique

Nous ne reviendrons pas sur les critiques traditionnelles de la réglementation étatique (inflation législative, coûts directs et indirects, manque de souplesse, frein aux initiatives et à l'innovation, complexité, évolution trop lente, manque d'expertise, inadaptation à certains secteurs).

Ces critiques font l'objet d'une large diffusion.

En revanche, il faut insister sur le fait que la réglementation étatique est loin d'être systématiquement efficace. Le fait qu'une norme soit législative ou réglementaire n'est aucunement une assurance d'efficacité.

Ce n'est pas parce qu'un comportement est prohibé ou encouragé par une loi qu'il va se modifier. Les exemples de textes législatifs, inappliqués, tombés dans l'oubli, mal appliqués, voire détournés de leur vocation première abondent. A l'inverse un encadrement législatif n'est pas forcément nécessaire pour modifier un comportement. La norme douce peut y contribuer avec efficacité.

§ 4 - l'efficacité de la Norme Douce

L'absence de caractère législatif de la norme douce ne la prive pas nécessairement d'efficacité.

La norme douce étant une norme, elle peut être efficace.

Les normes douces constituent une manifestation du pluralisme juridique. Ce concept conduit à l'idée que le caractère juridique d'un corps social ne tient pas à sa reconnaissance par le droit étatique. Ainsi on cite souvent l'exemple de la Mafia, dont l'ordre dispose bien d'une juridicité (et ce bien évidemment en dehors de toute considération morale). C'est le point de vue exprimé par Santi Romano selon lequel "*il n'est pas d'organisme social de si peu de complexité qu'il ne s'instaure en son sein un régime comportant tout un ordre d'autorités, de pouvoirs, de normes, de sanctions".*

En réalité, l'effectivité des règles de conduite sociale ne réside pas nécessairement dans la juridicité originelle de celles-ci, mais bien plutôt dans l'adhésion dont elles sont l'objet par le corps social destinataire. Dans la plupart des cas, les instruments de normes douces n'ont qu'une autorité de fait. Mais cela n'empêche pas certains d'entre eux d'être respectés, au point qu'ils constituent de véritables usages professionnels.

Ainsi, en Grande-Bretagne et en Belgique et dans bien d'autres pays, dans le domaine des banques et des assurances, des "Ombusdmen" ont été mis en place. Leur avis n'est pas en principe contraignant, mais dans la pratique la plupart des litiges sont résolus dans le sens de ce qui est proposé par cette institution.

Enfin, l'effectivité d'une norme peut être "totale" (ou "absolue"), lorsque l'écrasante majorité des personnes la respecte. Mais il arrive dans bien des cas que l'effectivité ne soit que relative, c'est-à-dire qu'une partie seulement des comportements soient conformes à ses dispositions. Ceci ne signifie pas de manière catégorique que la norme en question est mauvaise. Tout dépend de l'objectif que l'on s'est fixé. Plus précisément, en matière de normes douces dans le domaine de la consommation, si 60 % d'une profession les respectent, alors qu'auparavant très peu le faisaient, il peut déjà s'agir d'un progrès.

Cela contribue à améliorer les pratiques d'un secteur, et il est possible d'informer les consommateurs sur les entreprises qui mettent leur comportement en conformité avec les normes douces. Si les consommateurs sont bien informés, il leur sera possible de se tourner en priorité vers les entreprises “ vertueuses ”.

La norme douce évolue dans un registre un peu différent de celui de la norme législative ou réglementaire. Elle s'appuie sur plus de notions de respect, d'adhésion et de surveillance mutuelle que la norme étatique.

Elle a des avantages, et bien des inconvénients, par rapport à la norme étatique. (Nous ne nous lancerons pas dans l'analyse détaillée de ceux-ci, analyse au demeurant qui a déjà été faite par de nombreux auteurs. Nous proposons toutefois au lecteur un résumé de ce bilan en annexe).

Mais une analyse d’efficacité de la norme douce ne saurait reposer sur des présupposés idéologiques ou sur une comparaison avec une norme étatique idéalisée.

La norme douce doit être analysée comme une norme, ni plus ni moins, avec des instruments de mesure objectifs.

Ce n’est pas cependant chose facile, les instruments de mesure étant peu développés.

Le débat avantage /inconvénients reste ouverts, mais ne doit être qu'une étape de la réflexion qui doit progresser vers l'analyse du rôle souhaitable des normes douces.

Deux constatations s’imposent lorsqu’on examine le comportement de la norme douce à l’épreuve des réalités.

Chaque pays a sa propre approche de la norme douce. Les approchent diffèrent en de nombreux points (rôle de l’administration, idéologie, notoriété, contexte juridique).

Néanmoins, il est possible de dégager un ensemble de conditions un succès et d’efficacité des normes douces.

Il est proposé au lecteur d’abord un aperçu de la diversité géographique des approches (1. Atlas) puis une compilation des conditions d’efficacité suivant les intéressés eux-mêmes (2. Carrefour des listes).

SOUS-SECTION – 3 Atlas

Un rapide, et forcément schématique, tour du monde des normes douces permet de constater qu’il existe principalement deux groupes de pays : ceux qui ont une politique organisée en matière de normes douces et ceux qui n’en n’ont pas.

Dans le premier groupe on trouve la Grande-Bretagne et deux pays du Commonwealth qui ont été influencé, à l’origine, par sa politique en la matière, mais qui maintenant ont leur propre politique, le Canada et l’Australie.

Dans le second on trouve le reste du monde avec des degrés divers de développement des normes douces, mais généralement sans réflexion théorique très poussé ni des politiques hétéroclites. Nous examinons à titre d'exemples l'Allemagne, les Etats-Unis, et la France.

Les Pays-Bas sont un exemple à part avec une structure de normes douces forte dans le domaine de la résolution des litiges, mais sans grande politique de communication et de développement des normes douces.

§ 1 - La Grande-Bretagne

La Grande-Bretagne[26] est le pays qui a fourni le plus grand nombre de travaux et d'études concernant les normes douces. Ils sont généralement, à l'instar de ceux du NCC, très détaillés et de bonne qualité. Ce sont même les plus complets sur la question. Ceci s'explique en particulier par le fait que le recours aux instruments de normes douces est très fréquent dans ce pays. Il a été encouragé par le gouvernement, qui a été conduit à dresser un bilan des pratiques en vigueur. Ce bilan des mécanismes d'autoréglementation est plutôt critique[27].

Certes, en 1996, l'OFT (Office of Fair Trading) a constaté un regain d'intérêt pour les codes de conduite volontaires en tant que moyen de réguler les transactions entre les consommateurs et professionnels. Cette agence gouvernementale mène une politique active en faveur des normes douces.

Mais son expérience des codes de conduite volontaire a été résolument mitigée. Certains ont été inefficaces, et ont même pu parfois induire en erreur les consommateurs qui croyaient être mieux protégés qu'ils ne l'étaient vraiment. L'OFT s'est livré à un remarquable bilan auto critique de sa politique à l'égard des codes de conduite. Cette institution a activement encouragé l'élaboration de codes par les associations professionnelles dans les secteurs à problèmes pour lesquels il existait des preuves évidentes de nuisances importantes subies par les consommateurs, et le directeur général a donné son soutien à ces codes. Mais à présent, l'OFT se montre plus réservé que par le passé[28].

---

[26] Nous en avons déjà cité les principaux : NCC, *Models of self-regulation. An overview of models in business and the professions* ; OFT, *Volontary Codes of Practice* et *Raising Standards of Consumer Care.*

[27] Cf. entre autres OFT, *Raising Standards of Consumer Care.*

[28] Le Fair Trading Act de 1973 faisait un devoir au directeur général d'encourager les associations professionnelles à promouvoir des codes de conduite pour sauvegarder et promouvoir les intérêts des consommateurs en Grande-Bretagne.

Les opérations de contrôle et les statistiques des réclamations indiquaient que les codes ne semblaient pas réduire de manière significative le mécontentement des consommateurs. Certes, en 1980, le professeur Pickering a conclu que les codes de conduite soutenus par l'OFT avaient eu, tout compte fait, des effets bénéfiques. Mais il

Les codes de conduite ont toujours posé des problèmes à l'OFT, comme tend à le prouver le nombre de fois où la politique de cet organisme a été reconsidérée. Sauf quelques exceptions notables, ces textes ne sont pas apparus efficaces pour réduire les malversations ni le mécontentement des consommateurs. Considérant que les différents codes de conduite présentaient de nombreux défauts[29], le Directeur Général de l'OFT a décidé en 1998 de ne plus les soutenir, à l'avenir. Il n'a cependant pas souhaité retirer immédiatement le soutien apporté aux 49 codes déjà examinés. Le directeur réexaminera sa position par rapport à ces codes en fonction des progrès des nouvelles initiatives concernant les mécanismes de "soft law". Les associations professionnelles, par le biais de l'élaboration des codes de conduite, ont posé les fondements de l'émergence de standards favorables aux consommateurs.

En dépit de cela et de notables succès de codes soutenus par l'OFT, le régime global n'a pas entraîné un soutien suffisant de toutes les parties intéressées. Généralement, les rôles consistant à défendre les

---

reconnaissait également que les codes volontaires n'avaient eu qu'un faible impact sur le comportement des consommateurs et des commerçants.

Ce professeur a adressé à l'OFT un certain nombre de conseils et de mises en garde, parmi lesquels l'effet restrictif des codes sur la concurrence, la nécessité de procéder à une publicité continue à la fois sur les commerçants et les consommateurs et de donner un rôle plus actif que réactif aux associations professionnelles dans le contrôle et l'application des codes.

Puis, l'OFT rappelle qu'en 1983, il existait des codes dans la majorité des secteurs à problème. Une liste uniforme de critères était utilisée par l'OFT dans les négociations et des enquêtes sur le contrôle ont été réalisées.

A partir de 1985, l'accent est passé de la négociation de nouveaux codes au contrôle des codes existant, quoique des exigences minimum révisées pour des nouveaux codes aient été développées.

En 1987, l'OFT a évalué les circonstances dans lesquelles il pourrait retirer son soutien à un code. Il a conclu que les retraits devraient suivre l'échec d'une association professionnelle à corriger les inadaptations révélées par une enquête sur le contrôle.

Puis l'OFT a réorienté sa politique à l'égard des codes de conduite, de manière générale. La déception éprouvée à cette époque a conduit l'OFT à une certaine prise de distance à l'égard des codes de conduite. Sa nouvelle approche consistait à mettre en avant des conseils et à offrir un degré d'approbation, mais à laisser l'application, la publicité et le contrôle aux associations concernées.

De nombreux problèmes demeuraient en 1987, parmi lesquels un manque de considération à l'égard des codes de la part des différentes parties concernées, des degrés très variables dans le respect des codes, une grande hétérogénéité de contenu des codes et aucune cohérence globale de l'approche de l'OFT…

Lors d'un réexamen de la politique de l'OFT, réalisé en mars 1993, l'OFT a considéré que pour apporter son soutien à un code, il devait y avoir un élément d'indépendance à la fois dans le mécanisme de correction que dans les procédures disciplinaires, au-delà des dispositions établies dans les "guidelines" Cette position s'explique par le fait que l'application des codes a été un problème majeur par le passé. L'OFT se montre également plus hésitant à apporter un soutien total aux codes dès le début et peut préférer une approche en deux temps. L'idée est de réexaminer la situation après avoir laissé le code fonctionner pendant un certain temps pour voir s'il est efficace et s'il bénéficie d'un réel engagement de l'association professionnelle.

D'autre part, les codes ont désormais tendance à se référer à l'"Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations", adopté en 1994.

Les codes soutenus par l'OFT n'ont pas d'effets restrictifs importants sur la concurrence. Mais cet organisme a dû refuser certaines clauses qui auraient eu ces effets.

Ce refus a eu des conséquences par rapport à certaines idées qui pouvaient être considérées comme un moyen de rendre plus efficaces les codes de conduite. L'OFT n'apporte pas son soutien à des règles qui rendraient l'adhésion à une association professionnelle obligatoire.

[29] Rappelés dans les rapports précités de l'OFT

intérêts de ses membres et à réglementer la profession ne s'accordent pas très bien. Il est nécessaire de promouvoir un nouveau régime, impliquant les associations professionnelles et toutes les autres parties intéressées.

L'OFT a proposé un nouveau schéma qui a pour objectif de promouvoir les comportements des bons commerçants et d'éliminer les mauvaises pratiques. De tels standards doivent être crédibles à la fois pour les commerçants et pour les consommateurs. Ils devront respecter un équilibre entre leurs intérêts et être établi par un corps qui comprend des représentants de toutes les parties.

L'OFT considère qu'il est nécessaire de déterminer un noyau de standards couvrant la généralité du comportement des commerçants à l'égard des consommateurs et des responsabilités mutuelles.

Une suite de standards spécifiques à chaque secteur, basés sur les termes et les principes du noyau de standards, doivent être élaborés, en se concentrant sur les problèmes sectoriels connus. Les standards doivent être élaborés sous les auspices d'un corps indépendant, avec un apport des commerçants et des consommateurs[30].

A l'heure de la rédaction de la présente étude, le gouvernement britannique semble s'orienter vers la revitalisation des codes approuvés. Dans un document sur sa politique de consommation[31] il réaffirme le rôle important des codes de bonne conduite.

Un modèle national serait développé soulignant des principes de base[32]

---

[30] Les standards destinés à remplacer le régime actuel doivent être déterminés sous les auspices du British Standard Institution. Il est nécessaire de créer un nouveau corps d'approbation pour que le régime des standards, qui doit remplacer les codes de conduite comme le principal moyen d'améliorer les niveaux de comportement des commerçants, fonctionne de manière efficace. L'inscription à un schéma, au noyau de standards ou aux standards spécifiques à un secteur s'ils existent, peut être autorisée à la fois pour des entreprises formellement accréditées et par une auto-certification publique annuelle, utilisant une lettre "pro forma" détaillée de conformité, signée par le directeur général. Cela doit contraindre l'entreprise à respecter le standard dans toutes ses relations avec les consommateurs et à accepter immédiatement les jugements rendus par le mécanisme alternatif de recours.

[31] Department of Trade and Industry, "White Paper ; Modern Markets : Confident Consumers", Juillet 1999.

[32] -Publicités claire et véridiques ;
- information précontractuelle claire, utile et pertinente ;
- contrats clairs et équitables ;
- personnel connaissant et appliquant les dispositions du code ;
- un service de traitement des réclamations efficace ;
- un mécanisme efficace et peu coûteux de résolution des litiges qui n'ont pas pu être réglés par l'entreprise elle-même.

§ 2 -L'Australie

L'Australie présente la particularité d'être très active en matière de normes douces avec une approche toujours très pragmatique et souvent originale.

L'approche est peut-être moins dogmatique qu'en Grande-Bretagne et l'on n'hésite pas à combiner autorèglementation et différentes formes de co-réglementation.

La co-réglementation dans l'industrie est extrêmement répandue, concernant des questions qui vont de la médecine du travail, des guides de sécurité, et des standards de pratiques cliniques dans les professions médicales à des pratiques durables en agriculture, au commerce électronique, à la banque et à la finance, aux télécommunications, à l'électricité, au gaz et aux soins aux personnes âgées.

Soit seule, soit conjointement avec le gouvernement, l'industrie développe des codes, des "guidelines" ou des standards de conduite qui réglementent les relations entre les professionnels et les consommateurs. Un grand nombre de codes sont soutenus par une législation.

Le bilan des instruments de normes douces en Australie semble plus satisfaisant qu'en Grande-Bretagne, si l'on en croit les documents officiels.

La Commission des pratiques commerciales[33] a décrit, en 1988, 480 schémas d'autoréglementation. Il n'y a pas eu, certes, de développement cohérent de ces codes. En réaction, le gouvernement a publié un certain nombre de conseils, en particulier pour déterminer dans quelles circonstances un code de conduite est approprié. D'après le gouvernement australien, les instruments de normes douces ont permis d'améliorer les pratiques commerciales et de créer des biens et des services d'une meilleure qualité pour les consommateurs.

L'administration australienne considère que les codes de conduite volontaires constituent le meilleur outil utilisé pour obtenir une autoréglementation efficace. Mais il existe des cas dans lesquels ces codes n'ont pas été efficaces. Alors, dans ces situations, le gouvernement examine si la tentative d'autoréglementation a besoin d'un soutien gouvernemental.

[33] Cf. Consumer Affairs Division. Department of Industry, Science and Tourism, ou Hon Warren Truss MP, *Codes of Conduct. Policy framework.*

Les pouvoirs publics ont fourni un gros effort de développement des normes douces en Australie.

Cet effort s'accompagne de la rédaction de différents rapports, études et guides pratiques.

Tout récemment, ainsi qu'il a été indiqué précédemment, une commission d'enquête sur les normes douces, "Task force on Self-Regulation in Industry" a été crée.

Ses travaux menés de fin 1999 à l'automne 2000 repose sur une très large consultation publique avec la participation de nombreux acteurs des normes douces.

L'approche australienne toujours très dynamique a une influence certaine en dehors des frontières du pays et est souvent un point de référence à l'étranger. La réflexion canadienne, par exemple, est nourri d'exemples australiens.

§ 3 - Les Etats-Unis

L'approche américaine est très pragmatique. Bien que le courant libéral, voire ultra-libéral, le mouvement en faveur du "moins d'Etat", soit très puissant aux Etats-Unis, la réflexion sur les normes douces est sensiblement plus limitée qu'elle ne l'est dans les autres pays anglo-saxons.

Il n'y a pas, comme par exemple en Grande-Bretagne ou en Australie, une recherche organisée ou systématique du développement des normes douces avec publication par l'administration de "guidelines", "benchmarks" et autres recommandations aux professionnels sur le développement des normes douces. Si l'administration américaine se déclare favorable à la "Self-Regulation"[34], elle adopte une attitude assez peu volontaire.

Le directeur de la Federal Trade Commission, Robert Pitofsky[35], a affirmé que "l'autoréglementation légitime et équitable va devenir de plus en plus importante alors que l'économie se développe plus rapidement que la réglementation étatique… Les bienfaits publics et privés de l'autoréglementation de l'industrie sont nombreux."[36]

[34] Cf. par exemple les discours tenus à l'étranger par les directeurs de la Federal Trade Commission, administration chargée, entre autres missions, de la protection des consommateurs.
[35] Le 18 février 1998 lors d'un discours devant le Bureau de Washington.
[36] Le nombre de secteurs où l'administration intervient ou participe à des actions d'autoréglementation est limité (pompes funèbres, consommation de boissons alcoolisées, par exemple.) D'après les entretiens que l'équipe de Lex Fori a pu avoir avec les fonctionnaires de la F.T.C, l'objectif n'est pas de multiplier les accords volontaires, ou d'encourager systématiquement l'autoréglementation, mais d'utiliser ces outils principalement pour répondre à une demande précise, en fonction des circonstances et pour des motifs d'opportunité.

Une recherche dans les banques de données sous le vocable "Self-Regulation" confirme cette impression et montre que le corpus doctrinal est assez réduit. Si l'on fait exception du débat sur l'autoréglementation qui suscite de nombreux textes, la matière est relativement peu abondante pour un pays de la taille des Etats-Unis.

Si on consulte, par exemple, le site du Better Business Bureau[37], une volonté de développer des actions en matière d'autoréglementation est clairement affichée. Cependant, exception faite de deux secteurs où le BBB est particulièrement actif (publicité et vente de voitures), pratiquement aucune action concrète n'est mise en valeur. Sur une centaine de sites Internet, les bureaux locaux et régionaux du BBB consultés par l'équipe de Lex Fori, aucun ne fait état de la moindre action locale en la matière.

Autant dire que l'amateur de normes douces, aux Etats-Unis, sera déçu. Quant aux entreprises ou fédérations professionnelles qui voudraient se documenter en vue de créer un mécanisme d'autoréglementation aux Etats-Unis, elles auront une certaine difficulté à trouver des conseils pratiques dans ce domaine. Le débat sur les normes douces aux Etats-Unis apparaît finalement presque entièrement absorbé par la question de l'Internet.

Ce qui peut permettre de mieux comprendre l'approche américaine, sans toutefois la caractériser entièrement, est la présence d'un courant "individualiste" non seulement hostile à la réglementation étatique, mais également à l'autoréglementation lorsqu'elle vient du sommet plutôt que de la base. Les américains professent une admiration pour l'approche "Bottom up" de la réglementation.

Transposée à l'autoréglementation, cela revient à considérer comme préférable les normes douces mises en place pour répondre à une forte demande du public plutôt qu'à une demande des pouvoirs publics.

L'exemple des "kosher food label" (étiquettes sur l'origine Casher des produits alimentaires) est souvent cité comme un bon exemple d'autoréglementation adopté par l'industrie, sous la pression des consommateurs. Un autre exemple est le plan de protection des données personnelles de l'Association américaine du Marketing Direct (DMA) mise en place le 1er juillet 1999 ("Privacy Promise").

[37] Cf. La description de cet organisme, l'un des plus connus en matière d'autoréglementation, dans le 4ème chapitre de ce rapport.

Ce plan permet aux consommateurs d'être informés de la possibilité qu'il leur donne d'enlever leurs coordonnées des banques de données du marketing direct. Après avoir initialement abandonné l'idée de ce plan, la DMA a dû finalement l'adopter devant le tollé général et les protestations du public.

A contrario, on peut citer le code des bandes dessinées (Comics Code). Ce code, adopté en 1971, censé protéger les jeunes lecteurs contre les influences néfastes, n'a presque pas servi, bien qu'il soit toujours en vigueur. L'évolution des moeurs et l'absence d'une demande réelle des consommateurs l'a rapidement condamné à l'inutilité.

§ 4 - Canada

La démarche canadienne est originale. Elle repose sur une politique active de développement des normes douces et une approche transectorielle.

Le Ministère de l'Industrie a créé une cellule, au sein de son bureau de la consommation. Cette cellule est très active en matière de communication sur le thème des normes douces : brochures, guides pratiques, bibliographie en ligne, site web, animation d'un groupe de discussion, etc.

Sur le fond, la vision canadienne s'est inspirée de l'expérience des autres pays du Commonwealth, en particulier de l'Australie.

L'originalité de l'approche canadienne réside dans le fait que la politique des normes douces, connue là-bas sous l'appellation " accords volontaires ", n'est pas compartimentée entre politique environnementa - le, protection du consommateur et gouvernement d'entreprise comme c'est le cas dans de nombreux pays.

Le gouvernement canadien étudie et encourage, dans une même politique, aussi bien les accords volontaires en matière de respect de l'environnement, de protection du consommateur, ou de respect des principes moraux (travail des enfants dans le tiers monde, par exemple). Il évite ainsi le cloisonnement propre, notamment aux politiques européennes source de double emploi et de gaspillage de ressources.

Nous présentons, en particulier dans le chapitre 4 de cette étude, quelques exemples des résultats de cette politique.

§ 5 - France

Il n’existe pas de politique française des normes douces. Il n’existe pas de réflexion politique et la réflexion universitaire reste relativement limitée.

Un examen superficiel pourrait même donner l’impression que la norme douce est quasiment inconnue en France, hormis l’exemple de la publicité avec le Bureau de Vérification de la Publicité. Certes, la forte tradition étatique et centralisatrice de ce pays est peu propice au développement des normes douces. L’Etat incarne l’intérêt général et une méfiance certaine entoure les initiatives privées en matière de création de normes douces. Néanmoins, il existe de nombreux exemples de normes douces (nous en évoquons certains dans d’autres rubriques de la présente étude) en France.

L’absence de politique organisée et même de vocable commun fait que ces initiatives sont très peu visibles en dehors du secteur concerné et ce d’autant plus qu’aucun observateur ne s’est livré à une étude d’ensemble.

Certains mécanismes mériteraient pourtant une analyse d’ensemble.

Par exemple, les “ contrats approuvés ”, mécanisme mis en place par la Direction de la Consommation du Ministère des Finances concernant plus d’une dizaine de professions différentes. Un contrat rédigé par la profession est soumis à l’approbation d’une organisation de consommateur, sous le contrôle de l’administration qui attribue un logo “ approuvé par les consommateurs ” qui peut être utilisé par les entreprises adhérentes.

Une politique plus “ conceptualisée ” des normes douces permettrait certainement un développement plus rapide des normes douces en France, à l’instar de certains pays du Commonwealth.

§ 6 - Allemagne

Nous commencerons ce tour d'horizon par une remarque terminologique. Le droit allemand ne donne pas au terme " soft law " l'acception qu'on lui donne en Grande-Bretagne. En droit allemand, le terme appartient au droit des gens (droit international), et désigne exclusivement les résolutions et recommandations prises au sein d'organisations internationales en vue de " codifier " les règles de conduite des Etats. Ce type de norme émanant de l'Industrie porte en droit allemand le terme générique d'" accords d'auto-limitation " (" Selbstbeschränkungsabkommen "), et recouvre toutes les forme de " soft law " que nous connaissons (normes et standards de qualité, procédure amiable de règlement des conflits, accord négociés, recommandations,…)

Pas plus que les autres pays d'Europe continentale, l'Allemagne n'a échappé au phénomène : les 20 dernières années ont vu apparaître différents instruments émanant de sources privées, destinés à combler le vide et à compléter la réglementation existante.

Dans les années 70 déjà, des codes importants ont été élaborés par l'industrie en matière de protection de l'environnement. On citera un code adopté au sein de l'Association Fédérale de l'Industrie allemande, remanié et recodifié en 1994, qui contient pas moins de 80 prescriptions, et qui est considéré comme un moyen efficace pour l'atteinte d'un standard élevé de protection de l'environnement.

L'application et l'effectivité des normes douces en Allemagne se heurtent à plusieurs obstacles dont notamment un obstacle constitutionnel.

Il existe, dans la Constitution allemande, un principe restrictif. D'après ce principe, appelé " Gesetzesvorbehalt "(" exception du domaine réservé à la loi "), toute initiative du pouvoir exécutif, qui touche aux principes démocratiques ou de droit public (libertés publiques, etc..) implique au préalable une habilitation du Parlement, donnée sous forme d'une loi, d'un règlement, d'un statut, (Art. 20 §1 Constitution) .Il en va donc ainsi pour toute norme qui tendrait à avoir une incidence directe ou indirecte sur des droits ou libertés fondamentaux. (Par exemple, liberté d'expression ; protection du droit de propriété..)

Cette exception a empêché une initiative d'autoréglementation prise par les producteurs de cigarettes, en 1971. Ces producteurs avaient adopté le 23.06.1971 une charte visant à limiter la publicité télévisée pour le tabac. Dans un premier temps, une réduction du nombre de publicité devait avoir lieu, puis dans un second temps, une interdiction pure et simple.

Cette initiative se heurta, en plus de l'obstacle constitutionnel, à un double obstacle : d'une part une atteinte à la liberté d'expression, d'autre part une contravention possible à la loi " anti-cartel ".

Contrairement aux autres pays, la publicité n'est pas en Allemagne un secteur qui a vu naître avec succès des initiatives de réglementation volontaire. En effet, en mai 1896, était adoptée la 1ère législation sur la concurrence déloyale, qui fut modifiée par une loi du 07.06.1909, et qui resta d'application pendant plus de 70 ans. Cette loi devint, au fil des applications jurisprudentielles, une sorte de code pour la protection des consommateurs. Elle embrassa évidemment tous les aspects de la publicité.

Ainsi, bien avant les autres pays d'Europe, l'Allemagne intégra le droit de la concurrence dans le champ du droit civil. La publicité fit l'objet de nombreuses initiatives législatives, ce qui a eu pour résultat que l'Allemagne est probablement le pays d'Europe présentant l'arsenal législatif le plus complet en la matière (pas moins de 20 textes différents, appréhendant le problème sous des aspects civils, pénaux, administratifs,…).

Ce cadre complet laissa peu de place aux initiatives de l'industrie. Toutefois, l'industrie mit sur pied en 1949 une structure centrale pour la publicité ("ZAW ", " Zentralausshuss der Werbewirtschaft "), au sein de laquelle des fédérations représentatives de tous les secteurs de l'industrie furent représentées, dans la perspective de régler les problèmes posés par l'application de toutes les législations, et d'adopter des normes de comportement rendant l'application des lois fédérales superflue.

Une autre initiative fut prise par le gouvernement dans ce secteur : l'instauration du conseil de la publicité (" Werberat "). Le conseil se saisit de propre initiative ou, sur plainte de toute personne ou association intéressée (ex : consommateur, concurrent, ministère ayant les affaires économiques dans ses compétences). Différentes normes ont été élaborées sous l'égide du conseil de la publicité, en collaboration avec les partenaires concernés. Ont notamment été adoptés :

- le code de la publicité allemand sur la publicité radiophonique ou télévisée destinée aux enfants (oct. 1973).

- la recommandation relative à la publicité pour les implants mammaires et les moyens contre l'impuissance.

Ces normes visent toutes à discipliner davantage le secteur de la publicité, et à compléter la législation fédérale.

Le conseil de la publicité s'est également vu attribuer un rôle de centralisateur d'informations : il renseigne constamment les différents secteurs concernés des initiatives et nouvelles exigences prises en matière de politique de la consommation, de même que des décisions de justice rendues sur l'application des différentes lois existantes.

Certains autres secteurs ont également connu des initiatives d'autorèglementation. Nous citerons :

- le secteur de la presse : un "Ombudsman" a été institué dans le courant des années 80. Il a pour fonction de recevoir notamment les plaintes des lecteurs, et de les traiter par voie amiable.

- Le secteur médical : il existe, depuis 1997, un code des “ produits médicaux ” (“ Kodex Medizinprodukte ”), qui a pour vocation d’appréhender et de discipliner les relations complexes existant entre médecins, hôpitaux et firmes pharmaceutiques. Ce code a pour principal objectif de lutter contre toute forme de corruption.

§ 7 Pays-Bas

L’exemple des Pays-Bas, malgré les efforts du Professeur Hondius, est sans doute moins connu que les exemples des pays anglo-saxons. Ce pays a pourtant développé un haut niveau d’autoréglementation. Ce développement, dans de nombreux secteurs, a certainement été favorisé par le caractère consensuel de la société néerlandaise, la force des organisations de consommateurs et une longue expérience des négociations constructives dans la plupart des secteurs .

Récemment, les autorités néerlandaises, estimant que le consommateur est un individu assez éclairé pour faire des choix, à partir des informations dont il dispose, ont mené une politique encourageant l’autoréglementation dans les divers secteurs de l’économie. Les modes alternatifs de règlement des litiges tels que la médiation ou l’arbitrage s’insèrent dans la politique encouragée par les autorités néerlandaises.

Le secrétaire d’Etat néerlandais à la consommation estime que l’arsenal du droit de la consommation est complet. Il s’agit désormais de favoriser un fonctionnement harmonieux du marché, obtenu grâce à l’union des acteurs économiques, dont les associations de consommateurs. Le secrétaire d’Etat estime que le consommateur est un être autonome capable de défendre ses intérêts.

Les autorités se réservent cependant le droit d’intervenir dans les domaines où surgissent des difficultés pour le consommateur. Ainsi, le secteur financier, les nouveaux produits et services nécessitent une intervention étatique. Toutefois, cette intervention n’est pas prioritaire : là aussi, le consommateur doit faire preuve de responsabilité.

L’approche est un peu différente de l’approche britannique, où le code de conduite est l’instrument central du dispositif d’autoréglementation.

Aux Pays-Bas, les commissions de litiges constituent le mode alternatif de règlement des litiges le plus répandu. Les commissions de litige se distinguent des "ombudsmen" car ce sont des formations collégiales qui donnent des avis contraignants et parce que le plaignant doit verser une caution peu élevée.

Une commission centrale intitulée “ Fondation des commissions de litiges pour les affaires de la consommation ” chapeaute de multiples commissions spécialisées.

Le lecteur pourra se reporter en annexe pour une description plus détaillée de ce mécanisme.

*

* *

Les politiques nationales en matière de normes douces sont loin d’être harmonisées et sont très différentes.

La Grande-Bretagne monopolise, en quelque sorte, la communication et la réflexion communautaire puisque la grande majorité des textes et analyses disponibles sont britanniques.

Hormis le cas des Pays-Bas, les autres pays de l’Union ne sont pas vraiment engagés dans une politique active de promotion des normes douces.

Cela ne veut pas dire qu’il n’y existe de nombreux exemples de normes douces (voir, par exemple, nos développements sur la vente directe et la Publicité, chapitre 4), mais il s’agit du résultat d’attitudes pragmatiques qui ne s’insèrent pas dans une politique organisée.

Ce manque d’organisation, de réflexion, de diffusion des concepts à travers l’Europe est un obstacle sérieux, mais non insurmontable, tant au développement de normes douces européennes, qu’à l’encouragement des politiques nationales.

SOUS-SECTION - 4 Le carrefour des listes

Il s'agit ici plutôt que d'imposer d'emblée au lecteur une liste type de conditions d'efficacité de lui permettre de comparer lui-même un certain nombre de listes dressées par les acteurs des normes douces (administrations, consommateurs, entreprises).

Cette comparaison permet tout en soulignant la diversité des approches de constater l'existence d'un consensus sur certaines conditions essentielles.

Les listes retenues proviennent de trois pays : Grande-Bretagne, Canada et Australie. Trois exemples de listes particulièrement symptomatiques et intéressantes ont été retenues : La liste préconisée par l'organisation de consommateurs, National Consumer Council, celle de l'administration canadienne, et une série de listes australiennes.

§ 1 - La liste du National Consumer Council

Le NCC[38] a établi la check-list suivante :

- Le mécanisme doit entraîner la confiance du public.
- Il faut une consultation et une implication importante de toutes les parties intéressées dans l'élaboration et le fonctionnement du mécanisme.
- Le fonctionnement et le contrôle du mécanisme doivent être autant que possible séparés des représentants de l'industrie.
- Les consommateurs, l'intérêt public et tout autre représentant indépendant doivent être représentés (si possible, jusqu'à 75% ou plus) dans le corps d'application du mécanisme d'autoréglementation.
- Le mécanisme doit s'appuyer sur des principes clairs et compréhensibles et des critères quantifiables, généralement dans un code, qui répondent à de réelles préoccupations des consommateurs. Les objectifs doivent découler des raisons de la création du mécanisme.
- Les règles doivent identifier les résultats souhaités.
- Il doit exister des procédures de réclamation claires, accessibles et connues du public en cas de violation du code.
- Il doit exister des sanctions adéquates et importantes d'un point de vue commercial en cas de non-respect.
- Le respect des règles doit être contrôlé.
- Des indicateurs de performance doivent être développés, appliqués et publiés afin de mesurer l'efficacité du mécanisme.
- Le mécanisme doit rendre compte au public, par exemple par un rapport annuel.
- Le mécanisme doit disposer d'une publicité suffisante, avec une éducation maximum visant les consommateurs et les commerçants.

[38] *Models of self-regulation. An overview of models in business and the professions.*

- Le mécanisme doit disposer de ressources adéquates et être financé de telle sorte que les objectifs ne soient pas compromis.
- L'indépendance est vitale dans toute modalité de recours qui inclut la résolution des litiges entre les commerçants et les consommateurs.
- Le schéma doit être régulièrement réexaminé et amélioré à la lumière des changements de circonstances et des attentes.

§ 2 - la liste canadienne

Au Canada, le bureau de la Consommation du Ministère de l'Industrie a déterminé les caractéristiques communes des bons codes volontaires.

Bien que les codes puissent présenter une forme, un contenu et des objectifs fort différents, la plupart de ceux qui connaissent du succès partagent certaines caractéristiques :

- Engagement explicite des dirigeants

Si les dirigeants d'un organisme ou d'un secteur font la promotion de l'utilisation de codes volontaires, les autres sont plus susceptibles d'emboîter le pas. Ces dirigeants devraient être choisis dès le début du processus afin qu'ils puissent se faire les maîtres d'oeuvre de l'initiative, et assurer la visibilité de son élaboration et de sa mise en oeuvre.

- Adhésion de la base

Souvent, ce sont les travailleurs de première ligne (caissiers, travailleurs d'usine, ingénieurs, surveillants) qui concrétisent les dispositions du code. Pour être en mesure d'y adhérer pleinement et de l'appuyer, ils doivent comprendre le code et ses objectifs, son fonctionnement et leur rôle dans sa mise en oeuvre.

Pour cela, il faut des communications internes et une formation adéquates et, parfois, une modification en profondeur de la culture de l'entreprise.

➢Enoncé précis des objectifs, des attentes, des obligations et des règles fondamentales .

Souvent, c'est une séance de remue-méninges ou d'autres circonstances fortuites qui font apparaître le besoin d'un code et orientent les premières étapes de son élaboration; mais il ne faut pas tarder à articuler les visées, les rôles et les responsabilités afin d'éviter des problèmes en cours de route, tels que le retrait des participants. Par contre, la première déclaration d'intention et les règles fondamentales devraient être suffisamment souples pour permettre aux codes d'évoluer en fonction des nouvelles circonstances et des nouveaux enjeux.

➢Elaboration et mise en oeuvre ouvertes et transparentes

Les codes sont plus susceptibles de refléter les grandes préoccupations socio-économiques et d'être acceptés par tous les intéressés s'ils sont élaborés et mis en oeuvre de façon ouverte et avec la participation du milieu (travailleurs, fournisseurs, concurrents, consommateurs, groupes d'intérêt public, gouvernements, voisins). Une telle démarche accroît la crédibilité et l'efficacité du code, de ses promoteurs et des participants.

➢Circulation de l'information

Tous les intéressés doivent être tenus au courant du fonctionnement du code et des réactions qu'il suscite. Pour ce faire, on peut avoir recours à l'auto-vérification, à une surveillance interne et par des tiers, à une vérification de la conformité, aux comptes rendus publics et à des techniques analogues.

➢Un système efficace et transparent de règlement des différends

Il est essentiel de disposer d'un système de règlement des différends peu coûteux, juste, ouvert, accessible et cohérent pour que le code soit efficace.

➢De réelles incitations à la participation

Si le code promet d'être rentable et offre des incitations intéressantes, les entreprises voudront y adhérer. Parmi ces incitations,

l'accès à l'information, à des technologies ou à des outils de commercialisation exclusifs.[39]

➢Répercussions négatives du refus d'adhérer ou de la non-conformité

Les entreprises adhéreront au code et le respecteront avec plus d'enthousiasme si elles risquent de voir baisser leur chiffre d'affaires en agissant autrement. Par exemple, elles pourraient perdre leur crédibilité ou la fidélité de la clientèle.

Dans le contexte d'un code volontaire, les associations peuvent recourir à des sanctions, par exemple en faisant savoir qu'une entreprise ne respecte pas le code ou en imposant des amendes.

➢Conditions propices à l'élaboration fructueuse d'un code

➢Pressions en faveur de l'élaboration d'un code

Bien que les codes soient volontaires dans la mesure où les entreprises ne sont pas tenues par la loi de les élaborer ou d'y adhérer, le mot “ volontaire ” est jusqu'à un certain point mal choisi. En fait, les codes volontaires constituent habituellement une réaction à la menace réelle ou perçue d'une nouvelle loi, d'un nouveau règlement ou de sanctions commerciales; à des pressions ou des possibilités concurrentielles; aux pressions des consommateurs ou encore à d'autres pressions commerciales ou publiques.

Souvent, les codes voient le jour en réaction à plusieurs facteurs réunis. En fait, plus nombreux sont les facteurs qui interviennent, plus grandes sont les chances de réussite du code. Le programme Gestion responsable de l'Association canadienne des fabricants de produits chimiques, par exemple, a été adopté dans la foulée d'une série de désastres chimiques qui ont fait "la une" et qui ont miné la confiance de la population et fait planer la menace d'un resserrement des règlements et des contrôles de l'État.

Il faut souligner qu'une fois le code en place, il se peut que les pressions qui ont tout d'abord mené à sa création s'atténuent ; ce phénomène risque d'occasionner un relâchement du respect du code chez les adhérents.

[39] Par exemple, les agents immobiliers qui respectent leur code ont accès au Service inter-agences où sont enregistrés les propriétés à vendre et les éventuels acheteurs.

Il importe donc de prévoir autant de mécanismes que possible pour alimenter ou renouveler les énergies qui ont permis l'élaboration du code.

§ 3 - Les listes australiennes

Les travaux de la Commission australienne d'enquête sur l'autoréglementation ont été l'occasion à la fin de l'année 1999, pour de nombreux organismes, de se prononcer sur l'efficacité des normes douces et sur les conditions de succès de ces normes.

Nous avons réuni ci-après quelques listes de conditions de succès et de caractéristiques de normes douces efficaces qui sont pour la plupart extraites des contributions reçues par la Commission d'enquête.

Il paraît utile de comparer les conditions et caractéristiques que les acteurs eux-mêmes (entreprises, fédérations professionnelles, consommateurs, régulateurs) considèrent comme indispensables.

Le lecteur pourra constater que, bien que ces listes soient souvent présentées de façon très diverse, un certain consensus se dégage sur les conditions essentielles d'un mécanisme efficace.

3.1 - Insurance Council of Australia (I.C.A)

Selon l'ICA, la bonne pratique (good practice) en matière d'autoréglementation efficace comporte les éléments suivants :

- un code de caractère général qui met en exergue des normes de services adéquates et raisonnables et qui permet aux participants de se faire concurrence à la fois en termes de prix et de services.
- un mécanisme de résolution des litiges qui est accessible et dont les décisions lient les entreprises, mais pas les consommateurs,
- une volonté de l'industrie d'adapter son code à l'évolution des attentes des consommateurs ; une révision régulière du code.
- un code qui soit efficace dans l'amélioration des normes de qualité de service et l'estime des entreprises et de leurs employés.

3.2- Australian Securities and Investments Commission (A.S.I.C)

Cette autorité publique fournit une liste particulièrement complète des conditions d'une autoréglementation efficace qui distingue les conditions préalables à son élaboration et ses caractéristiques.

3.2.1- Conditions préalables

➢motivation du secteur

La motivation des professionnels résulte généralement d'un mélange d'incitations négatives et positives :

- améliorer le professionnalisme du secteur,
- désir de moins d'Etat,
- peur d'une législation en préparation,
- améliorer ou regagner la confiance du consommateur.

➢une représentation viable de l'industrie

Le secteur doit être représenté par une structure (association, fédération) capable de représenter et de motiver les entreprises.

Cette structure doit être capable de mobiliser les entreprises du secteur, de réunir les ressources financières nécessaires et de disposer de suffisamment d'autorité pour mettre en place un mécanisme d'application et de respect des règles.

➢une large couverture du secteur

Plus la couverture du secteur est large, plus les acteurs ou leurs organisations représentatives sont peu nombreux, plus il sera facile de régler le problème des "free riders", c'est-à-dire ceux qui profitent du système, sans en assumer le coût et les contraintes.

Une contrainte radicale consiste à rendre obligatoire la participation de toutes les entreprises.

Par exemple, en Australie, les conseillers financiers doivent obligatoirement adhérer à un mécanisme de règlement des litiges.

➢Un marché concurrentiel

3.2.2 - Les caractéristiques d'une autoréglementation efficace.

➢ Des objectifs clairs déterminés avec les intéressés :

- identification des objectifs,
- partenariat avec l'administration et les organisations de consommateurs,
- adhésion des intéressés.

➢ un soutien solide du secteur

Une association professionnelle puissante , respectée et représentative est un plus.

➢ Un contrôle et des sanctions efficaces

Le contrôle du respect des règles doit être assuré. Il peut l'être par différents moyens :

- contrôle interne de l'entreprise,
- rapport annuel,
- contrôle par un organisme indépendant,
- audit externe,
- contrôle de l'autorité régulatrice.

➢ mécanisme de règlements des litiges

Ce mécanisme, pour être pleinement efficace, doit comporter deux éléments :

- l'obligation pour les entreprises d'avoir une procédure interne pour traiter les réclamations (les Australiens ont une norme technique pour ce type de procédure (AS 42 69 1995),

- l'obligation pour les entreprises d'adhérer à un mécanisme indépendant de résolution des litiges.

➢ Intégration du mécanisme dans le cadre réglementaire et législatif

Une autoréglementation qui n'est pas intégrée dans le cadre législatif peut être inefficace voire dangereuse. (C'est une des raisons de la récente restructuration de la régulation des services financiers en Grande-Bretagne.)

➢ Promotion du mécanisme

Les entreprises doivent être éduquées, les consommateurs informés.

➢ Révisions et bilans

L'ASIC pense que la meilleure solution est de demander à un consultant indépendant de procéder à un bilan de fonctionnement du mécanisme.

Pour être efficace, elle suppose un partage des informations utiles entre tous les acteurs (industries, consommateurs, administrations). Il est préférable qu'elle soit publique.

3.3 - N.R.M.A.

Cette structure est une sorte de mutuelle qui fournit à la fois des services aux automobilistes et des prestations d'assurance. Elle distingue les conditions préalables du succès des normes douces et des meilleures pratiques en la matière. Selon la NRMA, les conditions de succès de l'autoréglementation sont :

➢ des marchés concurrentiels permettant aux entreprises d'utiliser l'autoréglementation comme un outil du marketing,

➢ des marques bien déterminées et possédant la confiance des consommateurs,

➢ un environnement industriel dynamique.

Les meilleurs pratiques qui devraient être mises en œuvre par les entreprises et qui paraissent les plus importantes pour la NRMA sont :

➢ un service spécialisé chargé des réclamations et du respect du code au sein de l'entreprise,

- la standardisation des méthodes de traitement des réclamations.

3.4 - Power Tel ltd (opérateur de télécommunications)

Les meilleures conditions du marché pour développer des normes douces sont :

- une masse critique de participants avec une influence à peu près équivalente sur le marché et un accès égal à une infrastructure à un prix commun.

Les éléments de succès :

- répartition équilibrée des influences des participants sur le marché ;
- définition claire par la loi du champ d'application de l'autoréglementation ;
- absence de domination du mécanisme par une seule entreprise ;
- résolution des conflits d'intérêt par un arbitrage extérieur de l'autorité régulatrice ;
- révision annuelle du mécanisme et correction rapide des dysfonctionnements.

3.5 - Ministre de la Consommation :

En mars 1998, le ministre australien de la Consommation a souligné les conditions d'une autoréglementation efficace :

- nature du secteur ;
- existence d'une association professionnelle représentative ;
- normes proposées qui répondent aux problèmes existants ;
- existence de mécanismes de soutien pour ces normes ;
- engagement du secteur en faveur de l'autoréglementation ;
- volonté de l'administrateur de sanctionner les violations du code.

3.6 - Australian Consumer's Association.

Pour cette organisation de consommateurs, les conditions préalables sont :

- motivation (carotte ou bâton).
- un petit nombre de grandes entreprises plutôt qu'un grand nombre de petites entreprises.
- un garde-fou réglementaire.
- une maturité du marché.

3.7 - Australian Association of National Advertisers

Le secteur de la publicité donne une liste inspirée de sa propre expérience :

Les critères de succès :

- accès facile pour les consommateurs ;
- accès gratuit pour les consommateurs ;
- faible coût de la procédure pour les professionnels ;
- transparence de toute la procédure ;
- publicité de toutes les décisions ;
- indépendance des structures de règlements des litiges et représentation de l'ensemble de la société ;
- système volontaire de respect des règles prévenant les tendances anticoncurrentielles ;
- financement volontaire réduisant les coûts administratifs ;
- gestion financière saine garantie par une gestion indépendante.

Les éléments essentiels qui favorisent le succès de l'autoréglementation sont les suivants:

- Bien analyser le champ de l'autoréglementation et des autres options ;
- Obtenir le soutien de tous les intéressés en les faisant participer au processus de négociations ;
- Rendre le processus transparent en s'appuyant sur l'ouverture de tous les partenaires ;
- Fixer des objectifs précis ;
- Fixer un calendrier précis avec une procédure établie d'information et de contrôle ;
- Déterminer des sanctions claires en cas d'échec du mécanisme d'autoréglementation.

*

* *

A la lecture des listes qui précèdent, le lecteur aura sans doute été frappé à la fois par la variété des approches et par le caractère récurrent d'un certain nombre de conditions énumérées dans la plupart des listes.

Malgré leurs différences, les visions des conditions de succès se rejoignent sur de nombreux points. Certaines organisations énumèrent les conditions de façon exhaustive. Mais d'autres, à l'instar de la plupart des organismes australiens, énumèrent seulement quelques conditions de succès.

Par ailleurs, chaque organisation a sa propre vision et met généralement l'accent sur telle ou telle condition en fonction de ses orientations. Ainsi, sept des quinze conditions énumérées par le NCC (consommateurs britanniques) sont relatives aux consommateurs ce qui se comprend puisqu'il s'agit d'un organisme chargé de leur protection. Quant à l'ACA (consommateurs australiens) , elle souhaite " un garde-fou " réglementaire. Cette volonté de contrôle étatique traduit les craintes habituelles des associations de consommateurs à l'égard des entreprises. Il n'est pas surprenant que les conditions présentées par les professionnels révèlent des préoccupations différentes.

Ainsi, le NRMA (assurances) insiste beaucoup sur le rôle des professionnels dans les mécanismes de normes douces et n'évoque pas la place des consommateurs.

Nombreux sont les organismes à ne pas évoquer la participation des autorités publiques. Seuls quelques uns (ASIC (agence gouvernementale), Power Tel Ltd, ACA) insistent sur la nécessité d'insérer les normes douces dans un cadre législatif. En revanche, pas un seul n'évoque les technique de réception mises en œuvre par l'Etat pour accueillir les normes douces.

Malgré leurs dissemblances, les conceptions des conditions de succès se rejoignent sur de nombreux points.

Certaines conditions sont mentionnées par la quasi totalité des organismes. Ainsi, la nécessité de faire participer les entreprises est une des exigences les plus citées. Une autre condition reprise par la quasi totalité des listes est l'indépendance du mécanisme. Elle peut se situer au stade du contrôle, du règlement des litiges ou du réexamen de la norme douce. La mention d'un mécanisme de contrôle est très fréquente. Enfin, les listes font également état de la nécessité d'un mécanisme de résolution des litiges pouvant aboutir au prononcé de sanctions.

D'autres conditions ne figurent pas dans toutes les listes mais sont reprises par la plupart d'entre elles. Ainsi, la réunion des différentes parties concernées est une condition souvent mise en exergue. Parmi ces parties figurent les professionnels : ils doivent évoluer dans un secteur concurrentiel et être représentatifs et motivés. Quant au mécanisme lui-même, il doit être intégré dans un cadre légal et son réexamen doit être possible. De même, la transparence et la publicité du mécanisme sont régulièrement cités.

Les visions des organismes se rejoignent plus souvent qu'elles ne se séparent. Bien que l'échantillon cité ne représente pas toutes les opinions, il n'est pas déraisonnable de penser qu'un consensus existe sur les conditions d'efficacité des normes douces. Ce consensus est d'autant plus remarquable que les listes émanent d'organismes très variés : entreprises, associations de consommateurs ou puissance publique.

Il paraît favorable à l'émergence de conditions idéales d'efficacité. Comment les présenter ? D'une part, on peut analyser les conditions que les concepteurs de normes douces ne peuvent pas ou ne peuvent que difficilement influencer. Cela conduit à examiner, dans un second temps, les facteurs qu'ils peuvent influencer. Cette distinction entre le contexte et la méthode servira d'articulation au chapitre suivant.

CHAPITRE III : CONDITIONS IDEALES DE L'EFFICACITE

INTRODUCTION

Comme il vient d'être souligné, certaines conditions d'efficacité des normes douces tiennent au contexte où il est projeté de les développer alors que d'autres concernent la méthode suivie par leurs promoteurs. Les conditions liées au contexte forment le cadre intangible ou difficilement modifiable des normes douces. A l'intérieur de ce cadre, il sera possible de leur donner une forme grâce à une méthode appropriée.

Parmi les conditions liées au contexte, certaines sont d'ordre culturel et géographique. Même si elles sont souples les normes douces restent du domaine du droit. L'on apprendra rien au lecteur en disant que le droit est éminemment ancré dans la culture et la géographie. Les pays offriront des conditions plus ou moins propices aux normes douces selon leur géographie et leur culture, libérale ou étatiste.

Ensuite, le niveau d'organisation des partenaires relève également d'un contexte général. Une forte organisation d'un nombre peu élevé d'associations représentatives des professionnels et des consommateurs signifie généralement que les partenaires ont atteint une maturité suffisante, garante d'une élaboration réfléchie des instruments des normes douces. Au contraire, l'éparpillement des acteurs ou, pour les professionnels, la situation de quasi monopole d'une seule entreprise desservira les normes douces.

Dans l'étude du contexte il faut également accorder une place à l'attitude de l'Etat à l'égard des normes douces. La politique que l'Etat peut mener se décompose en deux axes. D'abord, il peut utiliser les différentes techniques de réception dont il dispose pour donner une plus-value aux normes douces. Ainsi, une norme douce peut être transformée en norme " dure " par une loi ou, à un moindre niveau, se voir reconnaître la force obligatoire reconnue par la loi aux contrats. Mais l'Etat peut aller plus loin dans la promotion des normes douces en donnant l'impulsion qui débouchera sur leur élaboration : l'Etat devient alors organisateur des normes douces.

Enfin, les pressions extérieures subies par les entreprises peuvent les inciter à adopter des instruments de normes douces. Les normes douces en faveur des consommateurs sont rarement un phénomène spontané. En effet, elles ont un coût même s'il est parfois peu important. C'est donc souvent sous la pression de facteurs extérieurs que les entreprises se décident à créer des normes douces. Ces facteurs sont variés. Les pressions émanent le plus souvent des consommateurs que les professionnels veulent rassurer ou des Etats lorsqu'une menace d'intervention réelle ou supposée apparaît. Elles peuvent également provenir de la concurrence.

Les facteurs qui viennent être énumérés ont en commun de constituer le cadre où évolueront les acteurs des normes douces. Il est constitué par des conditions de succès indépendantes de leur volonté.

Quant aux conditions qui constituent la méthode des normes douces elles doivent suivre les schémas de toutes les normes " dures " ou " douces " : **définition, surveillance et sanction**. Cette présentation rappelée notamment par le professeur Scott, lors du séminaire organisé par la Commission Européenne sur les normes douces et les télécommunications, est incontournable. Elle doit être explorée en détail pour être efficace. Ces conditions correspondent à la marge de manoeuvre des concepteurs à l'intérieur du cadre.

La méthode des normes douces comporte trois éléments clefs élaboration - définition , surveillance et sanction - voies de recours, ainsi que trois principes à respecter **information, indépendance et participation**.

Tout d'abord, un instrument de normes douces doit faire l'objet d'une élaboration pragmatique et concertée. Une telle élaboration nécessite la définition des objectifs poursuivis, la participation de tous les acteurs concernés et le choix des règles adaptées au problème à régler. La phase de l'élaboration est déterminante pour le succès des deux autres étapes.

Ensuite, seule la surveillance des normes douces peut assurer leur pérennité. La surveillance implique le choix d'un contrôleur, un système de publicité, la rédaction d'un rapport d'activité et une procédure de réévaluation.

Il faut qu'un contrôleur soit désigné pour assurer la surveillance. Sa crédibilité sera renforcée s'il est indépendant. La publicité est un élément fondamental de la surveillance. Une large publicité dont l'un des aspects les plus élaborés est la rédaction d'un rapport d'activité rendra le contrôle effectif aux yeux des consommateurs. Par ailleurs, pour que le système de contrôle demeure efficace il doit être évalué fréquemment et modifié si c'est nécessaire.

Enfin, les normes douces ont besoin d'un système de sanction dissuasif et punitif. Cette condition est cruciale car la force d'une norme repose en grande partie sur la sanction de sa violation. Il doit donc exister un recours efficace qui débouche sur des sanctions réelles. Le recours doit notamment être accessible au consommateur et offrir des garanties d'indépendance. Quant aux sanctions elles doivent être effectives et adaptées aux fautes commises.

Les meilleurs instruments apparaissent généralement dans un contexte caractérisé par quatre éléments : un environnement culturel favorable aux normes douces, l'existence de partenaires bien organisés, une implication importante de l'Etat et enfin la volonté des entrepreneurs de défendre leur image de marque.

SOUS-SECTION - 1 L'environnement culturel et géographique

L'univers anglo-saxon paraît plus propice aux normes douces que le monde latin.

Aux travers des différents exemples que nous avons été amenés à citer, l'on peut constater que le recours aux instruments de normes douces est très fréquent dans les pays anglo-saxons (avec l'exception majeure des Etats-Unis). Il semble que ce type de règles corresponde parfaitement au système juridique de ces nations.

De très nombreuses règles ne sont pas fixées par des lois (à commencer par la Constitution britannique), mais par des pratiques qui obtiennent la valeur de précédents.

De ce fait, l'utilisation de normes directement créées par les personnes concernées est plus facile à admettre. Dans les pays continentaux, les principes juridiques sont quelque peu différents. En particulier en France, la tradition veut que les règles soient fixées par l'Etat. La loi est même en quelque sorte sacralisée.

Cette culture politique a justifié pendant longtemps l'absence de contrôle de constitutionnalité des lois. C'est l'Etat qui est amené à fixer les règles de conduite, et l'on fait peu confiance aux personnes privées, quelles qu'elles soient, pour établir des normes. D'après nos entretiens, il semble que l'administration française n'ait pas mené de réflexion globale sur le thème des normes douces, et n'a pas de politique générale en la matière (même si c'est un instrument qu'elle utilise, sous différentes formes, de plus en plus).

La France est également caractérisée par la faiblesse des acteurs de la société civile. Les organisations professionnelles comme celles de consommateurs ne sont pas très représentatives. La tradition d'un Etat centralisateur ainsi qu'une méfiance persistante à l'égard des entreprises freinent certaines initiatives privées.

Il convient également de préciser que la question de l'autoréglementation est devenue particulièrement d'actualité dans les pays qui ont procédé, au milieu des années 80, à des politiques économiques de dérégulation et de libéralisation du marché. Lorsque l'Etat adopte et met en place une politique libérale, il est conduit à faire une place importante aux régulations privées.

Cette politique repose sur le postulat que l'autoréglementation du marché vient pallier les carences de l'Etat. Cela semble plus particulièrement le cas des pays anglo-saxons comme la Grande-Bretagne, la Nouvelle-Zélande ou encore l'Australie.

L'intérêt des gouvernements néo-zélandais et australien pour l'autoréglementation est motivé par la réduction de l'activité du gouvernement central et de son implication dans les marchés qui a engendré des nouvelles demandes en faveur de contrôles volontaires de l'industrie sur les pratiques commerciales. La tendance à une économie plus globale, dans laquelle l'autoréglementation est une solution d'importance croissante pour fournir aux consommateurs des standards commerciaux améliorés, constitue une autre raison.

Par ailleurs, les perspectives de développement des normes douces varient suivant les secteurs.

L'environnement culturel constitue un facteur indéniable de réussite. Mais il ne s'agit en quelque sorte que d'un cadre général propice à l'apparition d'instruments de normes douces. Il est bien évidemment nécessaire que les partenaires qui concourent à l'élaboration des instruments de normes douces s'impliquent réellement pour obtenir des résultats efficaces. Il faut pour cela qu'ils soient bien organisés.

Dans la mise en place d'une norme consensuelle, l'une des conditions les plus importantes est la présence au préalable de partenaires organisés et représentatifs qui pourront élaborer et négocier la nouvelle norme.

En outre, ces partenaires doivent être favorables aux normes douces ou au moins ne pas y être foncièrement hostile.

Les professionnels et les consommateurs sont les premiers partenaires impliqués dans l'élaboration d'instruments de normes douces. Il est nécessaire que les premiers disposent d'une association qui réunisse la grande majorité des membres du secteur. Les seconds doivent également être structurés en associations influentes et reconnues comme telles qui serviront d'interlocuteurs aux professionnels.

Les organisations professionnelles doivent représenter soit la majorité des entreprises soit les plus actives du secteur ou les opinions des leaders ou être au moins représentatives de la majorité des opinions des entreprises.

Quant aux associations de consommateurs, elles ne peuvent réunir comme adhérents l'ensemble ou une majorité de consommateurs. Dans le cas où leur nombre faible d'adhérents ne permet pas de les qualifier de représentatives elles doivent au moins être capables de mettre en œuvre des moyens humains suffisamment disponibles et compétents (connaissance du secteur d'activité) et exprimer les idées correspondant aux principales préoccupations des consommateurs.

§ 1 - la présence d'une association professionnelle

Le secteur concerné par la mise en œuvre d'un instrument de normes douces doit disposer d'une cohésion d'ensemble et bénéficier d'une représentation bien organisée. Si une association de professionnels représente la grande majorité du secteur, l'élaboration de normes douces s'en trouvera facilitée Ce qui sera plus difficile, si le secteur est émietté en de multiples associations.

La cohésion du secteur est un élément essentiel. Ainsi, le ministère australien de la Consommation[40] rappelle que les codes de conduite n'ont pas été aussi efficaces qu'ils auraient pu l'être lorsque l'industrie, qui a proposé un schéma d'autoréglementation, est très diverse dans ses structures économiques. Dans cette hypothèse, les membres de l'industrie ont souvent des intérêts plus divergents que convergents, et il n'existe pas de consensus au sein de l'industrie pour soutenir un code de conduite spécifique. Le ministère australien a constaté que plus un secteur industriel est diversifié, plus la tendance à avoir une proportion importante de cette industrie qui ne respecte pas le code, mais en obtient un bénéfice marketing, est grande.

Ce ministère considère que l'un des facteurs essentiels, qui concourt à la réussite d'un code de conduite, réside dans la force du soutien apporté par l'industrie. Une preuve de ce soutien peut être évaluée par l'existence d'une association industrielle. La capacité et la volonté d'une industrie de s'organiser elle-même sur une base collective démontrent une capacité à s'engager dans l'autoréglementation.

Une association industrielle doit être représentative de l'industrie qu'elle prétend régir. La représentativité d'une association affecte sa capacité à mettre au point un code de conduite efficace. Plus l'association couvre une large part du secteur concerné, plus il lui sera possible de promouvoir un instrument de normes douces respecté.[41]

Il faut donc que le nombre de membres d'une industrie soit faible ou qu'il existe une association industrielle efficace à laquelle la majorité des entreprises appartienne.

---

[40] Consumer Affairs Division. Department of Industry, Science and Tourism, ou Hon Warren Truss MP, *Codes of Conduct. Policy framework.*

[41] *Exemple : l'Australian Bankers Association (ABA) représente la grande majorité des banques. L'ABA soutient le Code des Pratiques Bancaires. Le contrôle de l'application du code par l'Australian Payments System Council a montré que tous les membres de l'ABA se conformaient, ou avaient l'intention de se conformer, aux dispositions essentielles du code.*

Lorsque le secteur est composé de multiples petites entreprises et les organisations professionnelles ont peu d'autorité, il est pratiquement impossible de développer des normes douces efficaces. Le secteur du bâtiment et des travaux et réparations chez les particuliers est un exemple souvent cité[42].

D'après l'OFT[43], avant les années 1980, des codes ont été adoptés dans la plupart des secteurs à problème où il existait une association professionnelle relativement efficace.

L'on peut citer un exemple a contrario : en France[44], dans les années 70 la profession de la vente directe n'était pas suffisamment structurée pour imposer à l'ensemble du secteur des principes constitutifs d'une véritable déontologie. Certes, l'Association française, regroupant des entreprises de vente directe, avait rédigé un Code de déontologie, dont l'objectif était bien de prendre en compte l'intérêt du consommateur.[45] Mais certaines entreprises qui n'appartenaient pas à l'association continuaient leurs pratiques douteuses. L'intervention du législateur a donc été jugée indispensable, et elle s'est produite en 1972. Il est vrai qu'il s'est largement inspiré du Code de déontologie.

---

[42] À titre d'exemple, on peut rappeler qu'en Grande-Bretagne, le NCC[42], dans son examen du secteur du bâtiment, a conseillé aux consommateurs de chercher un membre d'une association professionnelle comme une garantie de sécurité.
Mais le grand nombre et la diversité de ces associations constituent un problème majeur : l'on en dénombre pas moins de soixante-dix (dans le bâtiment ou les industries connexes). Certaines sont honorables, même si elles ne poursuivent pas les mêmes objectifs et si leurs règles et leurs exigences sont différentes. D'autres sont moins honnêtes : elles cherchent simplement à gagner de l'argent en monnayant leur adhésion contre l'utilisation d'un logo.
Dans ces conditions, il est difficile pour le client de s'y retrouver et d'identifier une association professionnelle fiable.

[43] *Volontary Codes of Practice*.

[44] Cf. in *La vente directe*, Alain Blanchot, *Relations avec la réglementation*.

[45] A cet égard, deux principes étaient mis en avant :
- Les entreprises sérieuses doivent laisser au client un délai de réflexion raisonnable
- Elles s'interdisent de percevoir quelque règlement que ce soit pendant cette même période de réflexion.

Le fait que l'industrie soit bien organisée constitue une nécessité pour financer le fonctionnement de l'instrument de normes douces.

La composition du secteur joue également sur la plus ou moins grande facilité à mettre en place un mécanisme de normes douces. Ainsi, les secteurs caractérisés par un monopole, qu'il soit légal ou factuel, se prêtent mal à la mise en place d'un mécanisme de norme douce. Il est en particulier difficile d'amener le titulaire du monopole à négocier avec les consommateurs.

Comme l'a rappelé un membre du Danish Consumer Council[46], le secteur des télécommunications en Europe, caractérisé dans la plupart des cas par la présence d'un opérateur, anciennement titulaire d'un monopole, mais encore très puissant, et de nombreux nouveaux venus, n'est pas celui qui se prête le mieux au développement de la "soft law" Ces différents acteurs ont des objectifs et des stratégies différentes. A priori, aucun n'est prêt à supporter la charge d'obligations qui ne soit pas imposées par la loi.

Il sera difficile d'aboutir à un résultat satisfaisant en cas de négociation.

D'une manière générale, les associations professionnelles sont favorables aux normes douces. Le MEDEF, la principale organisation patronale française, est, d'après les propres mots d'un de ses membres “ totalement et sans la moindre réserve en faveur des normes douces ”[47]. Cela s'explique en grande partie par les critiques que le MEDEF adresse à la réglementation traditionnelle (trop importante, trop rigide, rapidement obsolète…) qui recoupe en grande partie les défauts mis en exergue précédemment.

L’industrie est généralement partisan de la réduction de la réglementation et de la recherche d’autres formes d’organisation des marchés et de relations avec les consommateurs.

[46] Discours de Ole Just, senior economic adviser, lors du séminaire du 15 octobre 1999, à Bruxelles, organisé par la Commission Européenne, la soft law et les télécommunications.
[47] Source : entretien.

Toutefois, certaines associations se montrent plus réservées, voire critiques. Ainsi, l'UGAL, qui regroupe le commerce de détail indépendant, considère que l'autoréglementation revient à donner aux plus forts le droit d'imposer leur norme, que les petits ne seront pas en mesure de payer[48]. L'UGAL souhaiterait que les normes douces fonctionnent, mais est sceptique, au niveau national et a fortiori au niveau européen. Sa position est la suivante : si la Commission est confrontée à un problème, elle doit intervenir, et non demander à l'industrie de s'autoréglementer. S'il n'existe pas de réel problème, il suffit de laisser les forces du marché agir. Il est inutile de faire pression pour que des normes douces soient élaborées.

Cet organisme considère que tout dépend de la situation concurrentielle. Il cite comme exemple le cas du système de traçabilité de l'origine des aliments. La question se pose de savoir si ce code doit être volontaire ou involontaire ? Selon l'UGAL, il existe une opposition d'intérêts entre gros et petits commerçants. Les premiers ont les moyens de mettre en place un système volontaire, à la différence des seconds.

Si un secteur professionnel bien organisé suffit parfois à développer des normes douces efficaces, il est préférable que les consommateurs soient également bien organisés.

§ 2 - Les organisations de consommateurs

Les normes douces s'adressant aux consommateurs, il est souhaitable que ceux-ci participent à leur élaboration.

Leur participation sera fructueuse si deux conditions sont réunies. D'une part, les organisations de consommateurs doivent être suffisamment fortes pour participer à l'élaboration des normes douces (b1). D'autre part, elles doivent avoir une opinion positive des normes douces (b2).

[48] Source : entretien.

2.1 - L’aptitude des organisations de consommateurs à participer à l’élaboration des normes douces

Il est utile que les autres acteurs du secteur soient associés à l'élaboration des règles, sinon la norme en question risque d’ignorer leurs préoccupations. Ils peuvent être consultés ou bien livrer un avis obligatoire. Cela contribuera à faire naître la confiance des citoyens. Mais il est nécessaire également que les autres protagonistes disposent d'une association représentative qui puisse servir d'interlocuteur aux professionnels.

Or, c'est l'une des difficultés rencontrées au niveau national dans les Etats membres de l'Union européenne. Le nombre d'organisations de consommateurs est très variable selon les pays. Il varie d'une seule organisation nationale (en Irlande et aux Pays-Bas par exemple), à quinze (en Belgique et en Italie) ou vingt (en France). Leur capacité d'action et leur influence sont différentes, mais dans l'ensemble, elles sont relativement faibles. Dans la majorité de ces pays, les organisations ne disposent comme ressources propres que de cotisations, du bénévolat de leurs adhérents et des ressources des actions qu'elles entreprennent.

Or, comme l'a fait remarquer le Danish Consumer Council[49], le développement des instruments de "soft law" implique une nette pression sur les ressources financières de ces organisations. Le manque de ressources au sein de ces organisations peut conduire à une réglementation de faible qualité et peu élaborée.

Dans nos entretiens, avec différentes organisations de consommateurs, la critique du coût en moyens matériels et humains de mise en place des normes douces est systématiquement mise en avant.

[49] Discours de Ole Just, senior economic adviser, lors du séminaire du 15 octobre1999, à Bruxelles, organisé par la Commission Européenne, sur la soft law et les télécommunications.

Mais, comme il a été rappelé précédemment, le régulateur peut menacer d'intervenir si les parties ne parviennent pas à un niveau acceptable de protection des consommateurs. Cela peut motiver les professionnels à conclure un accord, et à engager des ressources financières adéquates, permettant de corriger le déséquilibre entre les ressources de l'industrie et des consommateurs.

Le manque de pouvoir des organisations de consommateurs est considéré comme un problème par l'UNICE[50]. L'organisation patronale européenne estime que, dans la création de normes douces, en particulier au niveau européen, le plus difficile est de trouver des organisations de consommateurs représentatives. La nature variable des relations entre les consommateurs et les industries peut également constituer une difficulté. Aux Pays-Bas, leurs liens sont étroits et harmonieux alors qu'en Allemagne elles sont très conflictuelles.

Si les organisations européennes de consommateurs sont considérées comme plutôt faibles, il convient toutefois de préciser que dans dix Etats membres (la Belgique, le Danemark, l'Allemagne, la Finlande, l'Irlande, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Suède et le Royaume-Uni), il existe des regroupements de ces organisations au niveau national, ou une organisation nationale unique. Ainsi, en Allemagne, l'Union des associations de consommateurs (AgV) en regroupe 36, soit la grande majorité d'entre elles.

Enfin, les consommateurs se sont organisés au niveau communautaire. On compte cinq organisations européennes de consommateurs : le BEUC (Bureau Européen des Unions de Consommateurs) l'Euro-coopération (Communauté Européenne des Coopératives de Consommateurs), la COFACE (Confédération des Organisations Familiales de la Communauté Européenne), le CES (Confédération Européenne des Syndicats) et l'IERC (Institut Européen Interrégional de la Consommation). Au niveau institutionnel, la Commission européenne a créé en 1995 un Comité des consommateurs, qui représente l'ensemble des organisations de consommateurs communautaires, nationales et régionales.

[50] Source : entretien.

De plus, il est légitime de penser que la faiblesse des organisations de consommateurs ne constitue pas un obstacle insurmontable. En effet, en ce cas, c'est à l'autorité régulatrice nationale qu'il appartiendrait de prendre en charge le processus de développement des normes douces, mais avec l'obligation de prendre en compte les intérêts des consommateurs. L'important est qu'une organisation ou institution représente les consommateurs.

2.2 - Une attitude méfiante à l'égard des Normes Douces

Outre la faiblesse des organisations de consommateurs, se pose également problème de la méfiance de ces institutions à l'égard des normes douces. A l'heure actuelle, on constate en effet une participation extrêmement faible des organisations représentatives des consommateurs, au niveau national, au processus de développement et d'adoption de normes juridiques dites douces. Cette absence de participation joue à l'évidence en défaveur d'une acceptation des normes juridiques de type douces par les milieux représentatifs des consommateurs.

En France, par exemple, l'Union Française des Consommateurs[51] U.F.C a adopté une position très critique à l'égard de ces instruments.

Elle met en avant un certain nombre de défauts : quel que soit le mode d'élaboration des accords de normes douces, leurs effets sont, selon elle, extrêmement relatifs. Qu'ils soient le fruit d'une action unilatérale des professionnels, d'une concertation entre ces professionnels et les consommateurs ou qu'ils soient pris sous la menace d'une intervention législative, leur force obligatoire se limite exclusivement à leurs signataires, en vertu du principe de l'effet relatif des contrats qui prévaut en droit français.

L'UFC dénonce le fait que le respect de ces accords est laissé entièrement au bon vouloir des signataires. Leur défaut principal est donc leur absence réelle de force obligatoire. Qui plus est, il n'est pas acquis que ces accords aient la valeur d'un engagement contractuel pour les organismes signataires et leurs adhérents.

[51] Lettre de l'UFC adressée à LEX FORI.

Même les accords conclus sous l'égide du Conseil National de la Consommation (Organisme de concertation) présenteraient une efficacité restreinte. Seules les entreprises ayant signé sont engagées. Selon l'UFC, ces accords ne produisent pas les résultats attendus car ils ne sont appliqués que par une minorité de professionnels, soit parce que ceux-ci pensent qu'ils sont facultatifs, soit parce que les accords n'engagent juridiquement qu'un nombre restreint d'entreprises. Cette association de consommateurs propose de donner un cadre juridique à ces accords pour qu'ils soient effectifs. Elle propose de s'inspirer pour cela du système des conventions collectives du travail : lorsque ces conventions sont adoptées, elles s'imposent à tout le secteur et pas uniquement aux signataires de l'accord.

L'attitude de Test-Achats[52], la principale organisation de consommateurs belge, semble moins hostile à l'égard des normes douces que celle de UFC - Que Choisir en France. D'après cet organisme, le bilan des normes douces est mitigé Ces normes ne constituent en aucun cas la panacée, car elles comportent de nombreuses faiblesses. Par exemple, si la seule sanction est l'exclusion d'une entreprise fautive, cela n'avance pas véritablement le consommateur qui veut une solution rapide et simple. Il est indispensable qu'un contrôle sérieux de l'application des normes douces soit mis en oeuvre. Ces normes ne peuvent pas et ne doivent pas s'appliquer à tout le marché.

De plus, un système de normes douces suppose un cadre législatif minimum qui protège le consommateur. Le contenu de ces normes doit être déterminé de façon paritaire avec les organisations de consommateurs. Il faut éviter qu'elles soient une solution de remplacement pour éviter l'adoption d'une législation en projet.

Il vaudrait mieux commencer par un cadre législatif et le compléter par des normes douces, comme c'est le cas par exemple pour Internet et la vente à distance.

[52] Source : entretien.

En Australie, les associations de consommateurs (Consumer Credit Legal Service (Vic), Consumer Law Centre Victoria, Financial and Consumer Rights Council (Vic))[53] manifestent également une certaine méfiance. Leur approche est moins idéologique que pragmatique. Ces associations considèrent que tous les secteurs du marché de la consommation ne peuvent pas être soumis à une approche de co-réglementation. Le recours à la réglementation étatique peut être nécessaire dans certaines circonstances :

1. Lorsqu'une industrie ne témoigne pas d'un degré suffisant d'engagement, en vue d'atteindre des résultats légitimes pour les consommateurs.

2. Lorsqu'une industrie fonctionne dans un marché affecté de graves dysfonctionnements ou fournit un service essentiel.

3. Lorsque les consommateurs du service ne sont pas suffisamment informés ou puissants.

Pour préciser la première condition, ces associations estiment que l'application de modèles de co-réglementation, à une industrie soumise à une réglementation plus stricte, ne doit survenir qu'après un examen minutieux de l'industrie, montrant en ordre qu'elle est prête et capable de répondre de manière efficace aux attentes et aux problèmes des consommateurs.

De plus, ces associations estiment qu'il doit être admis que certaines industries ne se prêtent pas à l'application de modèles de co-réglementation. Cela peut être le cas lorsqu'une industrie fournit un service de base ou affiche un engagement insuffisant en faveur de la protection des consommateurs, ou fonctionne dans un marché affecté de graves dysfonctionnements[54][55].

[53] Contribution à l'enquête de la Taskforce on Industry Self-Regulation

[54] Le prêt sur gage offre une bonne illustration. Depuis la déréglementation des taux d'intérêts perçus par les prêteurs sur gage à Victoria, les taux d'intérêts ont considérablement augmenté. Des taux entre 180 et 360 % par an sont fréquents. La législation précédente limitait les taux à 48 %.

[55] Il paraît peu probable que cette augmentation puisse être justifiée par les risques encourus par les prêteurs, étant donné qu'ils ont également la sécurité sur les biens gagés.

S'agissant de la troisième condition relative aux consommateurs, les associations soulignent qu'il est incontestable que les consommateurs doivent être suffisamment puissants de manière à ce qu'ils soient capables de défendre leurs propres intérêts au sein du marché et de contester les comportements douteux des entreprises. D'après les organisations australiennes, seule une faible proportion de consommateurs australiens bénéficie de tels pouvoirs.

Enfin l'acceptation d'une norme douce par une organisation de consommateurs dépend de sa participation à son élaboration.

Comme l'a indiqué M. Ole Just du "Danish Consumer Council"[56] dans son rapport présenté lors du séminaire du 19 octobre 1999 à Bruxelles : en général, les organisations représentatives de consommateurs n'acceptent que les codes de bonnes pratiques, à l'élaboration desquels elles ont participé.

Pour ces associations, leur participation à l'élaboration des normes juridiques douces est une sorte de certification donnant des garanties aux consommateurs. Il y a dès lors une grande méfiance de la part des associations de consommateurs vis-à-vis de normes douces issues de l'autoréglementation. Ceci met en relief la nécessité de réunir tous les acteurs d'un secteur avant de concevoir des normes douces.

Cette méfiance a été mise en exergue par le Bureau Européen des Unions de Consommateurs[57].

Pour les organisations représentatives des consommateurs, les normes douces constituent un instrument flexible, qui n'est cependant pas nécessairement efficace. Afin d'être efficace, chaque norme douce doit avoir un support basé sur des normes juridiques "dures". Une information préalable et approfondie des milieux concernés permettra sans doute d'éliminer certaines craintes des organisations de consommateurs, mais non pas toutes.

[56] Lors du séminaire du 15 octobre1999, à Bruxelles, organisé par la Commission Européenne, sur la soft law et les télécommunications.

[57] Dans sa prise de position intitulée *The limits of self regulation* présentée les 19-20 mars 1999 à la Conférence " Political Change for the Information Society " organisée par la Commission européenne et le Gouvernement italien.

Les professionnels et les consommateurs sont donc des partenaires incontournables du développement des normes douces. Leur capacité d'organisation garantira pour une large part l'efficacité de l'instrument de "soft law". Mais le concours de l'Etat s'avère également important.

La puissance publique devra vérifier l'existence d'organisations représentatives et à défaut réfléchir à la façon de trouver des interlocuteurs emportant l'adhésion de tout le secteur. C'est le respect de ce principe qui est un préalable au succès des négociations dans le domaine du droit du travail. Faute de le mettre en œuvre en matière de droit de la consommation l'échec de la norme douce serait probable avant même la mise en place d'une structure plus détaillée.

Les réticences des associations de consommateurs sont bien connues, elles ne sont pas forcément insurmontables mais il faut les prendre en compte avant de se lancer dans une vision trop optimiste des normes douces. Si une association manifeste une hostilité fondamentale envers les normes douces, il faudra avoir recours aux associations qui y sont plus favorables. C'est le cas de la vente directe en France où le mécanisme mis en place n'a pu être développé qu'avec un petit nombre des associations, les autres refusant la négociation. Ce n'est que le succès du mécanisme qui a pu convaincre les autres associations de rejoindre le mouvement. Une autre solution plus radicale consisterait à créer ex nihilo le représentant des consommateurs comme ce fut le cas dans le domaine de la vente directe en Allemagne ou un professeur de droit est censé représenter les consommateurs. Evidemment, cette méthode comporte des risques : négociations avec des associations discréditées ou vues comme des traîtres par des associations plus représentatives et discrédit de la personnalité indépendante non issue du mouvement consumériste.

Certes, le degré d'organisation d'un secteur professionnel exerce une influence considérable sur le succès des normes douces. Pourtant ce n'est pas le seul facteur à permettre leur développement. Le contexte étatique exerce également une influence sur les instruments de normes douces.

SOUS-SECTION - 3 La plus value donnée par l'Etat

C'est paradoxal pour des normes souvent présentées comme non-étatiques mais le rôle de l'Etat reste important.

Si, par nature, il ne peut y avoir de normes douces sans l'intervention des professionnels et dans certains cas des consommateurs l'analyse démontre que l'Etat joue un rôle dans l'élaboration et l'application de nombreuses normes douces. Alors que autoréglementation exclusive laisse craindre la domination des intérêts privés, l'intervention de l'Etat fourni l'assurance que les normes douces respectent l'intérêt général.

L'Etat peut avoir un rôle d'accueil des normes douces Il peut choisir d'introduire une norme douce dans le cadre législatif ou réglementaire par incorporation directe ou par renvoi Ainsi, dans les pays nordiques où les lois sur le commerce renvoient à la notion de " pratique équitable " les tribunaux se réfèrent aux codes de bonne conduite pour apprécier ces pratiques.

La réception d'une norme douce peut s'opérer à un niveau moins élevé. Ainsi, une juridiction peut reconnaître à une norme douce la valeur d'un usage ce qui revient à lui donner une force contraignante.

Enfin, une norme douce peut s'analyser en un contrat. Celui-ci à une force obligatoire car la loi dispose que les parties sont liées par leurs engagements.

Le niveau de réception étant différent selon les pays les normes douces qui pourraient être développées au niveau européen auraient une valeur différente dans chaque pays. Leur pouvoir coercitif serait réel dans les pays nordiques alors que dans les pays latins les normes douces revêtiraient d'abord une force morale

L'autorité soucieuse de participer à l'élaboration des normes douces devra dépasser le stade de la réception des normes douces et leur donner une véritable impulsion.

§ 1 - La réception juridique des normes douces

1.1 - Généralités

Nombre de codes de bonne conduite, d'éthique, de recommandations... apparaissent, sur le plan formel, comme étant des documents à caractère exclusivement indicatif, et ce en raison de leur caractère recommandatoire et /ou de la subordination de leur force obligatoire à leur adhésion. Ils peuvent néanmoins acquérir progressivement un caractère obligatoire.

Il en est ainsi lorsque de telles normes assurent la fonction de standards permettant au juge étatique d'apprécier les comportements des opérateurs privés. En effet, beaucoup de ces normes définissent, de manière générale et abstraite, le comportement " idéal " d'un opérateur ou agent normalement prudent ou avisé. Il s'agit de standards au même titre que la " bonne-foi ", concept bien connu des juristes. Ils postulent, au niveau des ordres juridiques privés, le respect de normes de prudence et de diligence plus rigoureuses que celles contenues dans la législation, incapable de tout prévoir, et fondées sur une présomption de compétence de la communauté dont émanent ces normes.

L'autoréglementation n'est pas condamnée à l'inefficacité en raison de son caractère non-contraignant. Sa juridicité doit être distinguée de son effectivité. De ce fait, l'Etat participe à l'effectivité d'une norme de conduite, édictée ou élaborée par un ordre privé, lorsqu'il y voit, entre autres, un standard professionnel dont la violation est constitutive de faute.

Ce qui compte donc est moins l'aspect formel de l'autoréglementation, que son contenu. Si ce dernier est le reflet de règles généralement acceptées comme des coutumes, des standards de comportement, voire des principes généraux du droit, on peut d'ores et déjà conclure que les juges étatiques sont autorisés à leur conférer un statut de source du droit.

D'une manière générale, quand on sait que la grande majorité des règles de droit empruntent en réalité leur contenu à des systèmes normatifs existant en dehors du droit, et que le droit, dans beaucoup sinon la plupart des hypothèses, ne fait que "juridiciser" des normes préexistantes, la question de la réception est particulièrement intéressante.

Des systèmes normatifs envers lesquels le droit adopte indiscutablement une attitude intégrationniste, l'exemple le plus frappant est sans doute celui de la norme technique, qui est cependant très éloigné du droit, dans la mesure où la norme technique ne comporte, en soi, pas de règle de comportement.

D'autres systèmes normatifs, tel ceux relevant de l'ordre social (moeurs professionnelles) et économiques (normes financières et comptables) subissent à l'heure actuelle une forte tendance à la juridicisation.

Les processus de juridicisation progressive des normes techniques, économiques et professionnelles se caractérisent par des évolutions parallèles et intimement liées.

D'une part, on constate que la réception de ces normes par le droit devient de plus en plus fréquente et explicite (voir not. la référence à la notion d'usages honnêtes en matière commercial). D'autre part, on constate que dans la plupart des cas, la référence explicite à un système normatif non juridique va de pair avec un processus de "formalisation" de ces normes.

Parfois, le droit instaure lui-même une procédure d'élaboration et de promulgation de ces normes par un organisme de nature officielle (ex : en Belgique, Commission des Normes Comptables).

1.2 - Techniques de réception : considérations théoriques

La réception de normes non-juridiques peut s'effectuer à plusieurs niveaux :

au niveau législatif, lorsque le législateur ou une instance investie du pouvoir réglementaire reçoit la norme non-juridique par la voie de l'incorporation ou par la voie du mécanisme de renvoi ;

au niveau administratif, lorsque le pouvoir exécutif, faisant usage du pouvoir discrétionnaire qui lui est attribué, fait application de normes non-juridiques dans un cas concret ;

au niveau judiciaire, lorsque la norme légale ou réglementaire est suffisamment générale pour amener le juge à faire une appréciation de la norme ;

au niveau contractuel, quand les parties incorporent une norme non-juridique dans leurs obligations contractuelles.

1.2.1 - Réception au niveau législatif

Lorsqu'il entend légiférer, dans une matière régie par un système normatif propre, le législateur se trouve devant un dilemme : soit avoir recours à la technique de l'incorporation, soit avoir recours au renvoi à une instance administrative habilitée à l'établissement de la norme.

La technique de l'incorporation directe présente un désavantage inhérent au processus législatif : celui de la lenteur, seyant mal aux matières techniques impliquant une évolution rapide. Ce procédé sera donc suivi dans les cas assez rares, où l'on se trouve en présence de matières dont l'évolution doit être freinée ou stabilisée.

La technique du renvoi, à une instance administrative habilitée à l'établissement de la norme, se heurte à d'autres difficultés, de nature constitutionnelle cette fois En effet, si le législateur renvoie à des normes déjà établies, il lui faudra vérifier si le mode de publication des normes visées satisfait aux exigences de publicité officielle, normalement requises pour l'acte de renvoi.

Si le renvoi s'étend aux normes que l'autorité administrative devra édicter dans l'avenir, on assistera alors à une délégation du pouvoir législatif ou réglementaire qui dans de nombreux systèmes juridiques européens, est inadmissible.

C'est la raison pour laquelle le législateur adopte généralement la solution de compromis de formuler le renvoi dans des termes tout à fait généraux et vagues[58].

1.2.2 - Réception au niveau administratif

Dans la mesure où une marge de manœuvre est laissée à l'administration par le législateur ou l'exécutif, celle-ci peut insérer dans ses actes des normes non-juridiques.

Tout comme au niveau normatif, la réception pourra se faire soit par la voie de l'incorporation directe, soit par la méthode du renvoi.

1.2.3 - Réception au niveau contractuel

Les parties à un contrat peuvent, en application de la liberté des conventions, faire référence à l'autoréglementation, qui entrera par conséquent dans le champ contractuel, et devra être respectée par les parties, sous peine de voir engager leur responsabilité contractuelle. Cela vaut bien entendu dans la mesure où l'autoréglementation ne contrevient à aucune disposition légale impérative ou d'ordre public.

1.2.4 - Réception judiciaire

Le juge confronté à l'application d'une norme non-juridique devra s'interroger sur la valeur de celle-ci. Il est en effet rare que la loi se prononce sur la valeur de ce type de normes[59].

---

[58] *dans la loi belge du 14 juillet 1991 sur les Pratiques de Commerce, le renvoi aux " usages honnêtes en matière commerciale ")*

[59] *(Ex : les recommandations de la Commission Bancaire belge, et les avis de la Banque Nationale ont certes, en Belgique, une forte autorité morale, mais il n'existe aucune règle générale et claire sur leur valeur juridique*

L'absence de détermination claire et décisive de la force obligatoire d'une norme non-juridique n'empêche pas que le juge puisse y trouver la règle de conduite ou la règle de l'art qui servira de base à son jugement sur la responsabilité civile.

Le juge peut rendre une décision contraignante fondée sur une norme douce à laquelle il reconnaîtrait la valeur d'un usage.

Ainsi, de nombreuses décisions jurisprudentielles belges se sont fondées sur le Code Européen de la franchise pour apprécier le comportement d'une des parties : " *l'absence de détermination claire et décisive de la force obligatoire d'une norme non-juridique n'empêche pas que le Juge puisse y trouver la règle de l'art qui servira de base à son jugement* "[60]. C'est également le cas pour le code de conduite des banques belges qui peut être utilisé par l'ombudsman, et par le juge pour apprécier le comportement fautif d'une banque.

Il semble en effet compréhensible et naturel que le juge, qui est appelé à concrétiser la norme légale de diligence et de prudence, constituant la référence en matière de responsabilité civile, s'inspire de normes non-juridiques établies en vertu d'un procédé quelconque de formalisation. Le contenu souvent assez vague et général des normes non-juridiques empêche cependant d'affirmer qu'elles s'imposent en toutes circonstances.

Il nous semble par conséquent prudent d'affirmer que le non-respect de ces normes engendre une présomption de responsabilité, mais que leur respect, par contre, ne constitue en rien une garantie de non-responsabilité.

1.3 - Techniques de réception : considérations pratiques

Monsieur MURRAY, directeur du Bureau Européen des Consommateurs (BEUC), a, dans le cadre de ses différentes fonctions, eu à maintes reprises l'occasion de nourrir une réflexion sur les différentes techniques de réception, usitées dans les pays de l'Union.

La technique de réception suivie dans les pays nordiques lui paraît de loin la plus efficace.

---

[60] *Voir Président du Tribunal de Première Instance de Namur, 16 juin 1993, RDC 1994 pp. 626 et svts*

Le Code de commerce érige en principe général les pratiques commerciales équitables (*“ good market practice ”*). Pour la détermination de la notion de *“ fairness ”*, et donc pour apprécier si l’entreprise incriminée a adopté un comportement “ *fair ”,* les Tribunaux scandinaves prennent en considération les codes de conduite applicables dans les différents secteurs.

La norme douce entre ainsi dans le champ du droit positif, et fait l’objet d’une application juridictionnelle indirecte.

Monsieur MURRAY a imaginé l’adoption d’une directive européenne sur le “ *fair marketing practice ”,* avec une option pour les Etats membres d’utiliser les normes douces pour transposer la directive en droit interne. La directive européenne pourrait donner une définition de la notion de pratique équitable ou demander aux Etats de définir eux-mêmes ce principe. Une telle démarche aurait l’avantage de réduire les disparités qui s’opposent à une politique européenne des normes douces.

L’intervention de l’Etat peut donc prendre la forme de l’intégration de normes douces préexistantes dans l’édifice juridique. Il peut ainsi recevoir des normes douces à la création desquelles il n’a pas participé. Mais son rôle peut également être plus précoce et plus volontaire. En effet l’Etat peut devenir un organisateur des normes douces.

Nous aurons l’occasion d’y revenir, dans la partie de cette étude consacrée à la dimension européenne.

§ 2 - L'Etat organisateur

L’Etat peut adopter plusieurs attitudes envers les normes douces. Il peut montrer sa bienveillance en intégrant certains instruments. Mais il peut aller plus loin en s’impliquant dans le mécanisme d’élaboration et de mise en œuvre des normes douces.

Dans une conception minimaliste du rôle de l'Etat, l'administration aura surtout un rôle d'éducateur, de diffuseur de meilleures pratiques, et d'informations.

La vision de l'association Australienne de Marketing Direct est assez typique, le rôle du gouvernement devrait être de :

- favoriser une harmonisation des codes en développant des codes modèles,

- encourager les organismes d'autoréglementation à développer des codes basés sur ces modèles,

- transmettre les réclamations aux dits organismes et vérifier l'efficacité du mécanisme mis en place par l'industrie pour régler les litiges,

- promouvoir l'éducation du consommateur en coopération avec les fédérations professionnelles.

Au delà de ce rôle, l'Etat peut avoir un rôle plus "structurant", par exemple en créer un cadre législatif.

De nombreuses personnes estiment que les normes douces ont besoin d'un encadrement législatif.

Ainsi, David Byrne[61], le Commissaire européen chargé de la Santé et de la Protection des Consommateurs, considère qu'un mélange de mesures législatives et volontaires peut être la solution la plus efficace pour sauvegarder les intérêts des consommateurs.

Il pense que s'agissant des questions et des droits économiques et dans les secteurs autres que la santé, des progrès significatifs sont possibles par l'application d'instruments de normes douces. Ce jugement est motivé par le fait que la vitesse actuelle du progrès technologique est telle que le temps d'adopter une législation, les choses ont déjà changé. La "soft law" peut être utilisée, mais en la confinant à des secteurs d'intérêt économique, précis.

Le représentant de la Commission[62] a considéré que l'expérience dans les Etats membres a montré que les mécanismes d'autoréglementation, tels que les codes de conduite ou les accords volontaires entre les consommateurs et les fournisseurs de service, peuvent être un complément utile à la législation sur la protection des consommateurs, mais seulement si certaines conditions sont remplies. [63]

---

[61] Brigitte Reichle, DG XXIV, Consumer Voice.

[62] Lors du séminaire sur les services d'intérêt général, ayant eu lieu à Helsinki, les 9 et 10 septembre 1999.

[63] Ces conditions incluent l'établissement de dispositions obligatoires, des critères acceptés pour évaluer l'impact des instruments de "soft law", des mécanismes de contrôle satisfaisants et la possibilité d'imposer des sanctions si les parties signataires d'un accord ne respectent pas leurs engagements. De cette manière, le développement de telles dispositions relève également de la responsabilité des pouvoirs publics. L'engagement public est nécessaire pour faciliter le développement et intervenir lorsque les solutions apportées par le marché ne sont pas en mesure de résoudre les problèmes.

Aux termes des débats, il a été jugé nécessaire de trouver des solutions hybrides dans lesquelles les mécanismes de "soft law" et de "hard law" opèrent côte à côte, et sont soutenus par des systèmes de contrôle et d'application adéquats. Ces modèles peuvent être trouvés en dépassant le traditionnel clivage entre loi privée et loi publique.

Le Danish Consumer Council[64] estime également que la "soft law" doit être soutenue par une législation pour être efficace. Ainsi, le Danish Consumer Act qui réglemente ce qui doit être considéré comme de bonnes pratiques marketing, prévoit que l'"Ombudsman" des consommateurs peut négocier des lignes directrices pour déterminer ce qui doit être considéré comme de bonnes pratiques marketing avec les différentes parties concernées.

Si ces lignes directrices font l'objet d'un accord, elles seront considérées comme l'expression de bonnes pratiques pour une industrie spécifique ou un champ d'activité et pourront faire l'objet de sanctions en vertu de la loi. Même pour celles négociées en privé entre le DCC et les représentants des industries, le "marketing act" peut servir comme une sorte de soutien législatif.

Parfois, les professionnels recherchent une coopération si étroite qu'ils demandent à l'administration d'approuver leur code. Plus rarement, le soutien de l'administration peut se traduire par un texte législatif afin de rendre le code obligatoire, ou en officialiser certains aspects.

Dans certaines occasions, les entreprises peuvent coopérer avec le gouvernement pour développer un code. Cela peut aller jusqu'à la recherche de l'approbation du code par le gouvernement. C'est plus particulièrement le cas lorsqu'il existe des problèmes importants de consommation ; le gouvernement peut être tenté de rendre les codes obligatoires. Cela peut passer par un soutien législatif pour garantir une couverture suffisante des entreprises et fournir des sanctions exécutoires.

[64] Discours de Ole Just, senior economic adviser, lors du séminaire du 15 octobre1999, à Bruxelles, organisé par la Commission Européenne, sur la soft law et les télécommunications.

Ainsi, en Australie, la plupart des Fair Trading Act des Etats ou territoires disposent d'une reconnaissance légale et d'un dispositif pour leur application, rendant celle-ci possible à l'ensemble d'un secteur. Un certain nombre de codes ont été développés par des gouvernements d'Etat en consultation avec le secteur concerné (exemple : le code de conduite de l'industrie des villages de retraite, le code de conduite des parcs de caravanes) La plupart des codes sont volontaires, l'engagement des entreprises permettant d'éviter une réglementation étatique.

Le NCC[65] estime, quant à lui, qu'il ne faut pas opposer les normes douces et la loi. La plupart du temps, l'on considère qu'il est nécessaire de trouver un juste équilibre entre les deux.

Les normes douces, dans leur forme la plus achevée, peuvent être considérées comme une coopération entre le régulateur, les régulés et les personnes dont les intérêts sont protégés par la réglementation. Mais pour que l'autoréglementation soit efficace, il peut être utile de recourir au concept de co-réglementation, étayé par une réglementation étatique[66].

Les meilleurs exemples britanniques ou étrangers de normes douces semblent être ceux dans lesquels les initiatives "privées" s'insèrent dans un cadre légal. Il est utile d'avoir une institution publique (comme l'OFT), chargée de contrôler les initiatives d'autoréglementation. En cas d'échec, il est nécessaire de recourir à une solution publique. Ainsi développement récent en Grande-Bretagne de l'autoréglementation dans un cadre légal présente de nombreux avantages.

Un code avec un élément d'autoréglementation, reconnu par la loi, peut offrir des garanties aux consommateurs. Mais il est nécessaire de clarifier le statut du code. Celui-ci peut être particulièrement utile quand il sert de preuve pour illustrer une règle légale, et lorsque la loi précise que la règle a force obligatoire à l'égard de tous, sans prendre en compte l'appartenance à une association professionnelle.[67]

---

[65] *Models of self-regulation. An overview of models in business and the professions.*
[66] Cf. infra.
[67] Le NCC considère qu'il s'agit d'un outil potentiel pour contrôler les pratiques commerciales qui ne sont pas équitables, sans être illégales pour autant. La IIIe partie de la loi britannique sur le commerce équitable pourrait être utilisée pour donner un cadre légal aux codes visant les pratiques non équitables, ce qui permettrait de

De son côté, le gouvernement australien[68], tout en se montrant un ardent défenseur de l'autoréglementation, a reconnu que, dans certains cas, un soutien législatif devait être apporté aux codes. Le Commonwealth Trade Practices Act a été amendé pour permettre aux codes développés par les industries, ou à certaines dispositions pertinentes de ces codes d'être prescrites, soit comme code obligatoire, soit comme code volontaire avec des dispositions exécutoires.

En Australie, le Trade Practices Act de 1974 a été modifié et le changement est entré en vigueur le 1er juillet 1998. Les codes prescrits d'une industrie reçoivent un soutien législatif et l'Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) dispose du pouvoir de mener une action pour sanctionner les violations des codes prescrits. Le ministre de la Consommation peut donner aux codes de conduite la force des règlements.

Les règlements peuvent déclarer un code obligatoire ou volontaire :

- Les codes obligatoires lient tous les participants d'une industrie. C'est le cas du code de conduite de la Franchise.

- Les codes volontaires ne lient que les membres d'une industrie qui ont souscrit formellement au code.

Pour les consommateurs, le principal avantage d'un code prescrit sera que les engagements pris en vertu d'un code peuvent être imposés par l'ACCC ou par le biais d'une action privée en vertu du Trade Practices Act, avec une vaste gamme de sanctions, incluant des dommages et intérêts. Lorsqu'un code est prescrit en vertu du Trade Practices Act, cela aura pour effet de faire du code une loi.

Ce mécanisme est intéressant et fascine beaucoup de commentateurs étrangers. Cependant il ne faut pas perdre de vue qu'il est peu pratiqué, car il n'existe pour l'instant qu'un seul code prescrit, celui de la Franchise.

Si l'autoréglementation pure ou la quasi-régulation ont échoué, le gouvernement peut considérer l'éventualité d'une législation pour

---

résoudre le problème de la couverture insuffisante des instruments de normes douces et de leur absence de sanctions. Une modification de la IIIe partie est proposée pour que la loi soutienne des schémas d'autoréglementation et qu'il y ait un devoir légal de ne pas commercer de manière non équitable. La loi pourrait inclure un corps de principes qui permette aux tribunaux de se prononcer sur la question. Enfin, le NCC propose que dans les secteurs à problème (comme celui du bâtiment), l'OFT joue un rôle d'aiguillon dans le développement de codes qui s'appliqueraient à la totalité d'un secteur.

[68] Consumer Affairs Division. Department of Industry, Science and Tourism, *Prescribed codes of conduct*.

assister l'industrie dans ses mécanismes d'application. Il peut envisager des options législatives, qui, autant que faire se peut, fournissent les moyens à l'industrie de s'autoréglementer efficacement. Cela peut passer par l'hypothèse de la co-réglementation. L'on est en présence d'une co-réglementation, selon la définition du gouvernement australien, lorsque l'industrie développe et administre un code et que le gouvernement offre la capacité d'appliquer le code en apportant une forme de soutien législatif. L'action de la puissance publique ne va pas jusqu'à légiférer sur le contenu détaillé du code.

Les mécanismes de co-réglementation peuvent prendre de multiples formes avec une législation qui :

- Délègue à l'industrie le pouvoir de réglementer et d'appliquer le code.

- Renforce les garanties de conformité à un code.

- Prescrit un code en tant que réglementation, mais le code ne s'applique qu'à ceux qui y ont souscrit ("prescribed codes" volontaires).

- Etablit des standards, mais une industrie peut passer outre ces standards

- N'exige pas un code, mais prévoit la possibilité de rendre un code obligatoire.

- Exige de l'industrie qu'elle ait un code, mais ne donne pas la capacité au gouvernement d'imposer un code, s'il n'en n'existe pas.

- Exige de l'industrie qu'elle ait un code et, en son absence, le gouvernement imposera un code.

- Prescrit un code en tant que réglementation applicable à tous les membres de l'industrie ("prescribed codes" obligatoires).

D'autres pays fournissent des exemples de soutien législatif apporté à des instruments de normes douces. En Belgique[69], le ministère des Affaires économiques (qui est également chargé de la protection des droits des consommateurs) se montre favorable à la réglementation étatique classique. Mais il considère que l'approche réglementaire n'exclut pas une approche qui reposerait sur des mécanismes de normes douces. Ce département estime que pour être

[69] Source : entretien.

réellement efficace, les instruments auto-disciplinaires doivent être élaborés en complément d'un cadre réglementaire minimal, et ce par toutes les parties intéressées suffisamment représentatives (professionnels et consommateurs) et avec l'appui des pouvoirs publics. Il cite deux exemples à l'appui de cette assertion.

1er exemple : le Code de la publicité écologique. La loi a interdit d'une manière générale toute publicité écologique trompeuse, et les professionnels et les consommateurs ont élaboré un code volontaire fixant les principes et les modalités de cette interdiction[70].

2ème exemple : le contrat type utilisé dans le secteur des voyages. Le ministère belge des Affaires économiques considère qu'il a entraîné un grand pas en avant dans le domaine de la protection des consommateurs. Pour une description détaillée se reporter au chapitre IV rubrique "Divers".

En France, les associations de consommateurs, à l'instar de l'UFC[71], semblent pencher pour l'insertion des codes de conduite dans un cadre légal. L'UFC propose que ces codes jouent un rôle analogue à celui des normes harmonisées vis-à-vis de la directive générale sur la sécurité des produits. Il s'agirait d'instaurer une obligation de marketing équitable

Pour augmenter l'efficacité des normes juridiques douces, l'idée de s'inspirer du système applicable en matière de conventions collectives de travail a également été évoquée. Celles-ci, lorsqu'elles sont adoptées, ont une force réglementaire et s'imposent à toute la catégorie professionnelle concernée et non seulement aux seuls signataires de l'accord.

Le régime proposé s'apparente en quelque sorte à la situation ayant existé lors de l'adoption de la directive relative à l'accord-cadre sur le congé parental, conclu le 14 décembre 1995 par l'UNICE (Union des

---

[70] *Il a été rédigé par la Commission pour l'étiquetage et la publicité écologique, créée au sein du Conseil de la Consommation, instance consultative sous tutelle du ministre de l'Economie.*
Le Code est entré en vigueur en janvier 1998 et s'applique à toute publicité se référant aux effets sur l'environnement d'un bien ou d'un service. C'est un instrument de normes douces qui pose, d'une part, les limites à l'intérieur desquelles les producteurs, les distributeurs et les professionnels de la publicité peuvent œuvrer en sécurité pour promouvoir leurs biens et leurs services, et, d'autre part, qui est destiné à protéger le consommateur contre une exploitation abusive de sa préoccupation pour l'environnement. L'efficacité du code fait pour l'instant l'objet d'une évaluation. Si la Commission constate que le Code de la publicité écologique n'est pas respecté, elle envisagera de lui donner un caractère plus contraignant.

[71] Lettre adressée à LEX FORI.

confédérations de l'industrie et des employeurs d'Europe), le CEEP (Centre européen des entreprises publiques) et la CES (Confédération européenne des syndicats), qui prévoit des prescriptions minimales sur le congé parental et l'absence de travail pour raisons de force majeure.

La directive communautaire qui avait été adoptée en l'occurrence se bornait à mettre en œuvre l'accord tel que conclu par les partenaires sociaux, annexé à la directive.

Les normes douces correspondent certainement à un désengagement de l'Etat mais il ne doit pas devenir un effacement. Les normes douces sont un complément de la loi. Elles interviennent dans des domaines précis mais laissent aux états la définition de leur politique générale. Dans de nombreux cas une symbiose entre les entreprises et l'Etat a pu s'opérer. Ainsi des normes douces peuvent recevoir une force légale à l'instigation des professionnels comme ce fut le cas du code des professionnels français de la vente directe qui a été repris dans une loi.

Parfois le phénomène inverse se produit : l'administration prépare un texte que les professionnels vont transformer en norme douce ; cet exemple a été suivi par plusieurs codes australiens conçus par des gouvernements d'Etats puis adoptés par les professionnels.

Il arrive également que la contribution de l'Etat aux normes douces soit involontaire. Il en va ainsi lorsqu'il menace un secteur professionnel d'édicter une législation et que les professionnels réagissent à un telle pression en concevant une norme douce. D'ailleurs, il apparaît que de nombreux mécanismes trouvent leur origine dans des pressions, émanant de l'Etat ou des consommateurs, exercées sur les entreprises.

Les pressions externes

Si l'on en croit Filali Osman[72], aucun secteur n'échappe au développement de normes déterminées par les ordres juridiques privés. L'auteur cite les activités sportives, les mandataires de justice dans les faillites, les commissaires aux comptes, les établissements financiers et de crédit, le domaine médical, le marketing direct et téléphonique, la publicité, la vente par correspondance, la franchise, l'assurance… On peut également ajouter les pompes funèbres, le traitement du veau, la location de bateaux de plaisance.

Cependant, les instruments de normes douces sont plus particulièrement utilisés lorsque les dirigeants subissent des pressions externes importantes.

Le Bureau de la consommation du ministère canadien de l'Industrie[73] a recensé les cas qui motivent les entreprises à élaborer un instrument de normes douces. Les codes volontaires constituent généralement une réaction à la menace réelle ou perçue comme telle d'une nouvelle loi, d'un nouveau règlement ou de sanctions commerciales ; une réaction à des pressions ou à des possibilités concurrentielles ; aux pressions des consommateurs ou encore à d'autres pressions commerciales ou publiques.

Souvent, les codes voient le jour en réaction à plusieurs facteurs réunis. En fait, plus nombreux sont les facteurs qui interviennent, sont nombreux, plus grandes sont les chances de réussite du code. Le programme "Gestion responsable" de l'Association canadienne des fabricants de produits chimiques, par exemple, cité plus haut, a été adopté dans la foulée d'une série de désastres chimiques très médiatisés et qui ont miné la confiance de la population et fait planer la menace d'un resserrement des règlements et des contrôles de l'Etat.

[72] *Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit*
[73] Op. cit.

Il existe fréquemment des pressions en faveur de l'amélioration de la qualité des opérations, ou en faveur de l'accès au capital et aux ressources. Par exemple, on peut recourir à un code pour attirer de nouveaux employés, trouver de l'argent sur les marchés en raison d'une amélioration de la réputation en matière d'environnement, ou pour réaliser des économies sur le plan de l'énergie et du matériel.

§ 1 – La pression étatique

Une autoréglementation efficace est souvent encouragée par la menace crédible d'une intervention législative. En effet, les professionnels se montrent généralement méfiants à l'égard de la réglementation étatique. Ils ont tendance à lui reprocher un certain nombre de défauts, qui ont été évoqués précédemment.

Ils craignent en particulier que le coût de mise en conformité à la nouvelle réglementation soit élevé. Pour ces raisons, si une menace crédible d'une intervention législative existe, les professionnels souhaiteront bien souvent l'éviter.

Cette crainte pourra contraindre le secteur à adopter un instrument de normes douces suffisamment efficace pour rendre inutile une réglementation gouvernementale. C'est l'idée exprimée par le Danish Consumer Council[74] selon laquelle le régulateur doit fournir une motivation suffisante à l'industrie pour qu'elle s'engage dans des négociations sérieuses.

L'une des façons d'obtenir ce résultat est d'indiquer que le régulateur produira lui-même des règles si les parties ne parviennent pas à s'entendre sur un accord satisfaisant (en l'occurrence un accord qui garantit un niveau acceptable de protection des consommateurs).

Comme le rappelle Gérard Farjat[75] , l'objectif de l'adoption d'un code de conduite est "de mettre de l'ordre dans la maison plutôt que de voir l'Etat le faire plus lourdement" (mais l'auteur nuance cette idée en précisant qu'il serait faux de croire que les professionnels souhaiteraient se ménager un espace d'immunité en produisant leur code).

Leurs objectifs sont souvent plus complexes et ils entendent bien créer du droit.

---

[74] Discours de Ole Just, senior economic adviser, lors du séminaire du 15 octobre1999, à Bruxelles, organisé par la Commission Européenne, sur la soft law et les télécommunications.
[75] *Réflexions sur les codes de conduite privés.*

La Convention relative à l'obligation de diligence des banques adoptée en 1977 par l'Association suisse des banquiers constitue un bon exemple. Des scandales venaient d'éclabousser la réputation des banques suisses. Pour les responsables du secteur, le rétablissement du renom du système bancaire passait entre autres par l'adoption d'un code de conduite destiné à prohiber les comportements frauduleux. Si les banques n'avaient pas réagi de la sorte, il est quasiment certain que l'Etat aurait été contraint d'intervenir directement.

Mais comme le relève Marc Elvinger[76] "dans un tel contexte, l'ambiguïté du code de conduite tient bien évidemment à ce que le fait de se doter de certaines règles est largement inspiré par le souci de ne pas voir s'en imposer de plus strictes et de pouvoir en surveiller soi-même l'application au lieu de voir l'autorité publique le faire"[77].

Le professeur belge F. Rigaux[78] a, quant à lui, souligné que les organes de presse belges par crainte de l'édiction d'une réglementation étatique trop sévère, et soucieux de préserver leur liberté d'expression sans s'exposer à des sanctions judiciaires, ont adopté des codes de déontologie .

En Grande-Bretagne, le National Consumer Council a jugé que la crainte d'une législation non-désirée a été le moteur essentiel de beaucoup et peut-être même de tous les instruments de normes douces. Plus la menace est claire, plus des efforts seront faits en vue de mettre au point un mécanisme d'autoréglementation.

De son côté, l'OFT[79] considère que, dans certains cas, cette menace, combinée avec un soutien législatif et l'existence de lourdes sanctions non-réglementaires (cf. ci-dessous) a été l'un des principaux facteurs expliquant le succès remarquable de certains instruments de normes douces. Cet organisme cite l'exemple des codes britanniques des pratiques publicitaires et des ventes promotionnelles, adoptés sous la menace explicite d'une réglementation gouvernementale en cas d'inefficacité des instruments de normes douces adoptés par la profession.

---

[76] in *Libre propos sur l'utilité d'un code de bonne conduite en matière bancaire*

[77] Cependant, l'auteur reconnaît qu'il convient de nuancer cette interprétation, en précisant que l'intention de l'Association suisse des banquiers était bel et bien de mettre fin aux abus qui avaient terni la réputation du secteur.

[78] Cf. La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité.

[79] *Volontary Codes of Practice*.

Dans le domaine d'Internet, comme nous le verrons par la suite, les grandes entreprises mondiales préfèrent l'autoréglementation à la réglementation étatique. La menace d'une législation est traditionnellement reconnue comme un puissant stimulant de l'autoréglementation. C'est particulièrement vrai dans le domaine de l'Internet où la peur de la législation atteint un paroxysme.

Le but des différentes initiatives d'autoréglementation est clair : il s'agit de devancer une éventuelle législation pour mieux démontrer son inutilité.

Le gouvernement peut donc intervenir de manière indirecte en menaçant de promulguer une loi. Mais il peut également favoriser directement le développement des instruments de normes douces en apportant à ces derniers un soutien législatif.

§ 2 - La pression des consommateurs et de l'opinion

Le succès d'un secteur commercial repose sur sa capacité à susciter l'acte d'achat du consommateur. Pour cela le consommateur doit avoir confiance dans les entreprises qui le sollicitent. Les normes douces peuvent contribuer à instaurer cette confiance.

Les pressions des consommateurs sont particulièrement fortes dans certains domaines. Ainsi, dans les secteurs a problèmes il faudra restaurer cette confiance et la créer dans les nouveaux secteurs.

2.1 - La nécessité de restaurer la confiance dans les secteurs à problèmes

Les codes de bonne conduite interviennent en quelque sorte pour rehausser l'image d'un secteur dans lequel des pratiques douteuses ou frauduleuses se sont développées. On citera comme exemple français la vente par correspondance, la vente directe, les syndics de copropriété…

De la même façon, dans le domaine de l'environnement, une image désastreuse, celle de l'industrie chimique, a conduit l'industrie à développer un grand programme de normes douces qui s'est rapidement diffusé à travers le monde (programme canadien "Responsible Care" - 1985 - devenu une alliance regroupant plus de 40 pays).

Jacques Roux-Brioude[80], Conseil en entreprise, a ainsi résumé la situation : *"historiquement, toutes les professions qui ont voulu se créer une réputation de sérieux à un moment de leur existence ont dû étayer cette ambition à l'aide d'une autoréglementation concrétisée dans un code d'éthique ou de déontologie"*. C'est aussi le cas de la publicité. C'est un secteur où tous les dérapages sont possibles. Or les entreprises ont intérêt à renforcer la crédibilité du message publicitaire.

Cependant, on peut regretter que les codes de bonne conduite soient souvent conçus a posteriori. En effet, comme le précise Gérard Farjat[81], "*les codes interviennent fréquemment alors que le mal est déjà fait. Il s'agit d'opérer un redressement des pratiques professionnelles pour récupérer une part de marché*" ou une bonne "image de marque" auprès des consommateurs ". Ces codes s'inscrivent donc souvent dans le cadre d'une politique de marketing. L'auteur estime qu'un code de conduite apparaît dans bien des cas comme un instrument de promotion d'une activité économique.

En France, le Code professionnel de la vente par correspondance[82] , élaboré par le Syndicat des Entreprises de Vente par Correspondance (SEVPC) constitue un bon exemple des instruments de normes douces pris dans un secteur à problème.

Gérard Farjat[83] rappelle, quant à lui, que de nombreux codes sont intervenus à la suite de campagnes de presse dénonçant les abus d'une profession. Il cite l'exemple des méthodes d'agents d'assurance, "le coût et le nouveau genre" des obsèques (liés à un alignement sur le modèle américain, d'un meilleur rapport financier), le veau aux hormones…

On peut également citer comme autre exemple français le Contrat pour l'amélioration de la Qualité des Services, relatif aux dépannages "multiservices", qui a été élaboré pour répondre à la multiplication des litiges et à une critique du secteur dans les médias. L'objectif est, selon les propres termes des concepteurs du code, de "moraliser une jeune profession avant que cette dernière ne perde toute crédibilité".

---

[80] In *La vente directe, La vente directe. La troisième voie.*
[81] *Réflexions sur les codes de conduite privés*
[82] Cf. *Codes professionnels de vente par correspondance*, JCP
[83] *Réflexions sur les codes de conduite privés.*

Le secteur du marketing direct est également un bon exemple que l'on retrouve dans de nombreux pays.

Il est très actif dans le domaine des normes douces. Il a développé de nombreux instruments internationaux : Code de l'Association européen de Marketing Direct (1993), Convention de la Fédération Européenne de la vente par correspondance (1992), Codes de la Chambre de Commerce Internationale (Publicité, Marketing Direct et Promotion des Ventes). A ces codes, s'ajoutent des instruments nationaux. La couverture nationale n'est pas toutefois harmonisée, elle est très variable suivant les pays[84]. Le secteur se dit très favorable au développement de codes européens uniformes réglant les questions transfrontalières.

L'idée que les instruments de normes douces sont utilisés pour rehausser l'image vaut également pour les entreprises qui adoptent un code de conduite unilatéral. Ainsi, après avoir été mise en cause dans différentes affaires pénales, la société française, la Lyonnaise des eaux a adopté en 1994 un code d'éthique. C'est également le cas de la Compagnie générale des eaux, qui a chargé un comité de déontologie de rédiger une charte déterminant "les limites raisonnables aux commissions chargées de l'obtention de contrats et déterminant les comportements acceptables".

En Grande-Bretagne, les codes de conduite ont été initialement développés dans les secteurs à problème, comme les voyages, les biens électriques et le secteur automobile. En Australie, la plupart des schémas de résolution des litiges ont été établis dans les secteurs des services financiers et des télécommunications.

Au Canada, le système de certification de la gestion durable des forêts de l'Association canadienne de normalisation a été adopté surtout par crainte de voir les Européens boycotter les produits du bois canadien.

La pression peut également provenir de la concurrence et pas uniquement des consommateurs. Une entreprise ou un groupe d'entreprises peut aussi se donner un code pour préserver ou accroître sa part de marché. Par exemple, les fabricants de jus de fruits australiens ont un code qui garantit que les jus de fruits désignés purs le

[84] Korff et Hunter.

sont réellement (voir chapitre IV). En vertu de ce code, les fabricants de jus de fruits peuvent faire inspecter les produits de leurs concurrents par

un laboratoire indépendant lorsqu'ils doutent de la pureté du produit. Ainsi, les pressions concurrentielles du secteur privé aident les consommateurs à obtenir un produit de qualité.

Les pressions en faveur de l'adoption de codes sectoriels peuvent venir d'entreprises concurrentes qui souhaitent relever et standardiser les normes de rendement ou d'un groupe particulier d'entreprises qui veut se distinguer dans son secteur. Dans de tels cas, il faut veiller à ne pas enfreindre les règles de la libre concurrence.

Outre les secteurs à problème, les activités économiques nouvelles donnent souvent assez rapidement lieu à l'élaboration d'un code de bonne conduite.

2.2 - La nécessité de crédibiliser les nouveaux secteurs

Toute activité commerciale nouvelle engendre une curiosité mêlée de crainte qui procède de l'attrait pour la nouveauté et de la peur de l'inconnue. Ainsi, Gérard Farjat[85] cite l'exemple des entreprises en conseil de gestion. L'appel à de telles entreprises n'est pas sans danger pour le client, qui est conduit à livrer des informations confidentielles sur son entreprise. Dès lors, les codes concernant les entreprises de conseil sont parmi les plus détaillés quant aux obligations qui pèsent sur la profession.

Comme le rappelle l'auteur, "il est important que les premiers clients ne soient pas déçus, car le démarrage d'une activité économique peut être retardé de plusieurs années à la suite de pratiques défectueuses". De plus, l'activité étant nouvelle, il n'existe pas encore d'usages. Les instruments de normes douces peuvent tenter d'en créer.

[85] *Réflexions sur les codes de conduite privés.*

Mais le secteur dont la nouveauté suscite le plus de craintes le plus ou moins justifiées est, sans conteste, l'Internet, activité économique nouvelle et en plein essor, qui donne lieu à de nombreux instruments de normes douces. En cherchant à édicter des codes de bonne conduite des échanges sur Internet, l'objectif poursuivi par les professionnels est de rassurer les consommateurs qui font leurs achats sur le Réseau et de stimuler l'essor du commerce électronique.

Nous consacrons un développement particulier à Internet dans le chapitre IV de l'étude.

Outre des conditions qui relèvent de l'environnement, un certain nombre de qualités intrinsèques à l'instrument de normes douces doit être réuni pour obtenir un résultat satisfaisant.

L'existence des facteurs qui viennent d'être étudiés ne dépend pas de la volonté des promoteurs des normes douces mais relèvent d'un contexte préexistant (sauf dans une certaine mesure, l'intervention de l'Etat). Au contraire certains facteurs dépendent de leur volonté. Ils s'intègrent dans la méthode d'élaboration des éléments constitutifs de la norme douce.

SECTION - II-

LES FACTEURS INCONTOURNABLES DU SUCCES OU LA METHODE DES NORMES DOUCES

Les promoteurs des normes douces pourront modeler les éléments constitutifs des normes douces s'ils disposent d'une véritable méthode.

Comme toutes les normes, la norme douce doit en réunir les éléments constitutifs. La norme douce étant une catégorie de norme elle doit réunir les élément constitutifs caractérisant l'ensemble des normes. Il faut donc tout d'abord qu'elle soit clairement définie, pour cela une élaboration pragmatique et concertée est indispensable (1). Il faut ensuite que l'application de la norme douce soit contrôlée (2). Enfin pour être véritablement effective, la norme douce doit contenir un recours et des sanctions réelles (3).

Trois principes devront être appliqués tout au long des trois étapes de la méthode des normes douces. Il s'agit de l'information, de l'indépendance et de la participation de tous.

L'information est déterminante dès l'élaboration des normes douces ; elle l'est tout autant pendant toute la durée de vie des normes douces. L'information des concepteurs leur permettra de connaître la méthode à suivre. Dirigée vers les personnels des entreprises, elle facilitera le démarrage du mécanisme dès avant la phase de surveillance. L'information contribuera à l'efficacité de la surveillance. Il est regrettable de constater que des initiateurs de normes douces n'ont pas la curiosité de se réunir pour s'informer du fonctionnement du mécanisme. En effet, seule l'information permet d'exercer efficacement la mission de surveillance car on ne peut surveiller ce dont on n'est pas informé. L'apport de l'information à la phase de la sanction est non moins important. La publicité des sanctions augmente leur efficacité.

Les mécanismes qui n'organisent pas la publicité des sanctions entretiennent la méfiance du public qui pensera que le silence couvre l'impunité des entreprises. Au contraire l'information rendra le mécanisme de sanctions visible aux yeux des consommateurs. Elle doit concerner l'accès au recours et la publication des sanctions.

L'information n'atteindra son but que si elle obéit au second principe qui est **l'indépendance**. L'indépendance renforce la crédibilité de la phase d'élaboration. Une norme douce élaborée exclusivement par des professionnels sera suspectée de servir uniquement leurs intérêts. Au contraire, la présence d'un consultant extérieur tel qu'un professeur de droit ou un avocat spécialisé va dans le sens d'un point de vue indépendant. De même une structure réunissant entreprises, consommateurs et puissance publique évitera de faire dépendre le mécanisme d'un seul acteur. La surveillance du mécanisme sera vraiment effective si elle se fait en toute indépendance. Si les professionnels effectuent seuls la surveillance ils seront tentés de faire passer leur intérêts avant ceux des consommateurs. En effet faire passer l'intérêt du consommateur avant celui des membres de la profession réclame une maturité qui n'a été atteinte que rarement, par exemple dans le secteur de la publicité. Une personnalité indépendante ou un organe tripartite sera la garantie d'une surveillance indépendante. Enfin, l'indépendance est cruciale pour le mécanisme de sanction. Elle est le gage d'un examen sans compromissions des litiges. Là encore, la présence d'une personnalité extérieure ou une entité tripartite garantira l'indépendance depuis l'introduction du recours jusqu'au prononcé de la sanction.

On peut imaginer un mécanisme informatif et indépendant mais il prendra une autre dimension s'il reflète **la participation** de toutes les parties intéressées, professionnels, consommateurs et pouvoirs publics. L'observation des faits enseigne qu'un système conçu par une pluralité d'acteurs est généralement surveillé et sanctionné par ces différents acteurs. Les normes douces ayant un caractère volontaire, mettre à l'écart une partie concernée c'est s'exposer à la voir lutter contre le système, c'est le cas des associations de consommateurs qui n'acceptent pas, en général, les codes à l'élaboration desquels elles n'ont pas participé. En outre, les objectifs d'une norme douce sont mieux définis si chacun à eu l'occasion de les discuter et d'exprimer ses attentes. La surveillance sera moins laxiste si les consommateurs et l'Etat y sont associés La procédure de sanction sera certainement bien plus accessible aux consommateurs si les organisations qui les représentent y sont associées.

C'est donc le caractère consensuel des normes douces qui fait de la présence de tous la plus importante condition de succès. Il peut même être affirmé que le respect de cette exigence entraîne la prise en compte des autres conditions

L'autorité publique devra donc inviter chaque partie intéressée et veiller à ce que l'opinion de chacun soit véritablement prise en compte. Il serait souhaitable que la participation de chacun des acteurs ait une influence tangible sur l'instrument de norme douce élaboré. En effet, il est difficile de ne pas respecter un texte que l'on a élaboré.

Les trois principes ne sont pas toujours indispensables mais en s'ajoutant ils donnent plus de force et de crédibilité au mécanisme. Ces trois principes agissent les uns sur les autres. Ainsi, la participation de tous renforce l'indépendance qui à son tour crée les conditions favorables à une information efficace. Au contraire si un mécanisme est monopolisé par les professionnels, l'indépendance deviendra lettre morte, l'on obtiendra un mécanisme opaque et peu propice à la circulation de l'information.

Les objectifs poursuivis doivent être définis avec clarté. Tous les acteurs concernés doivent participer à l'élaboration du mécanisme afin que les intérêts de chacun soient pris en compte. Pour que, les règles soient adaptées au mieux aux situations à régler.

§ 1 - Les objectifs poursuivis

L'élaboration d'un instrument de normes douces suppose la définition d'objectifs à atteindre ou de problèmes à régler. Si l'élaboration donne lieu à la participation de tous les acteurs concernés, ces derniers doivent contribuer à la définition des objectifs à atteindre. Ces derniers peuvent être quantifiés ou tendrent à l'élimination de pratiques douteuses ou frauduleuses.

Cette étape s'avère essentielle. S'abstenir de définir des objectifs équivaut à compromettre le succès d'un instrument de normes douces. Ainsi, le Groupement Européen des Caisses d'Epargne (GECA)[86] a participé au dialogue sur les crédits hypothécaires. L'enseignement que cet organisme tire des négociations, qui traînent en longueur et ne semblent pas proches d'aboutir, est qu'il faut savoir au départ quelles sont les règles du jeu. Si les modalités du dialogue, les objectifs et les moyens de les atteindre ne sont pas définis à l'avance, l'échec est probable. Le dialogue hypothécaire a été lancé parce que le processus législatif n'avait pas abouti. D'après le GECA, ce n'était peut-être pas la meilleure façon de lancer une norme douce.

§ 2 - La participation de tous les acteurs

Les objectifs seront d'autant mieux définis que tous les acteurs présents auront participé à leur définition. La participation de tous n'est pas systématiquement nécessaire et il existe des domaines où la pure autoréglementation fonctionne avec succès. C'est le cas dans le secteur de la publicité où dans la plupart des pays les instruments de normes douces font intervenir des professionnels de façon quasi exclusive. Toutefois, les instruments de normes douces conçus par les seuls professionnels peuvent montrer leurs limites.

[86] Source : entretien.

Le principal reproche est que les professionnels, lorsqu'ils sont seuls n'agissent que dans leur propre intérêt. Ainsi, l'opinion du gouvernement australien est que si un code géré uniquement par les professionnels ne fonctionne pas correctement il lui faut intervenir. Le gouvernement néo-zélandais considère, quant à lui, que la participation des consommateurs est pertinente dans les domaines qui les concernent.

La participation des entreprises est inhérente à la notion de normes douces. En effet, les destinataires des normes douces sont les entreprises. Les normes douces reposant sur le volontariat, les entreprises ne pourraient se voir appliquer des normes douces qu'elle n'auraient pas contribué à élaborer. On ne pourrait plus parler de normes douces. Les entreprises participent donc nécessairement à l'élaboration des normes douces.

En revanche la participation des organisations de consommateurs et des Etats n'est pas toujours assurée. Les entreprises peuvent être tentées de concevoir seules les normes douces les plus conformes à leurs intérêts. Ce serait une erreur car la participation de toutes les parties concernées, en tout cas, la définition des objectifs doit englober les intérêts de chaque partie intéressée par l'édiction d'une norme douce. La nécessité de réunir chacune de ces parties, gage de leur acceptation du mécanisme, est un facteur important à la réussite d'un instrument de normes douces. Ainsi, les agences australiennes de la consommation rappellent qu'il est utile de procéder à des consultations très larges avec toutes les parties engagées du producteur à l'utilisateur. Cette étape doit être réalisée bien avant l'élaboration du code.

Des discussions doivent être menées avec les acteurs du secteur, pour que le code aborde toutes les questions qu'ils jugent nécessaires. Les entreprises doivent s'impliquer et fournir un soutien financier pour que le code soit efficace.

2.1 - La participation des organisations de consommateurs

Il est nécessaire que les organisations de consommateurs soient au moins consultées. Dans de très nombreux exemples de "soft law", l'on s'aperçoit que l'objectif visé est d'améliorer le fonctionnement

du secteur. Les instruments de normes douces sont ainsi souvent la traduction des intérêts de leur concepteur. Si cela se révèle bénéfique pour les consommateurs, ce n'est alors que de manière indirecte puisque tel n'est pas l'objectif principal.

D'où la nécessité d'intégrer les consommateurs dans l'élaboration des normes douces. Sans la coopération des consommateurs, on risque en effet d'avoir des codes ou des clauses faibles qui n'ajoutent pas beaucoup de valeur supplémentaire pour la protection des consommateurs.

Certains, à l'instar du gouvernement néo-zélandais[87], adoptent une conception large de la notion de consommateurs : ils estiment que sont concernés non seulement les associations de consommateurs, mais aussi les groupes communautaires plus larges qui intègrent des questions relatives à la consommation dans leur champ d'action.

[87] *Guideline on Developing a Code of Practice.*

Quoi qu'il en soit, ces associations pourront mettre en avant les attentes des consommateurs et contribuer à les faire prendre en compte par le secteur concerné. Il faut cependant éviter que les défenseurs des consommateurs soient utilisés comme moyen de légitimer le mécanisme de "soft law" mis en place par une profession. L'existence de ce danger a été mise en avant par le National Consumer Council britannique[88].

Une participation des consommateurs dans le développement du code peut améliorer sa conception et son effectivité en garantissant :

- Une perspective de consommation sur les problèmes du marché et sur la nature et le caractère approprié des solutions fournies par le code.

- Une expertise technique, l'objectivité, et l'indépendance dans la résolution des réclamations et des litiges.

- La crédibilité du public et la légitimité du code en démontrant qu'il n'est pas simplement un arrangement intéressé de l'industrie.

2.2 - La participation des pouvoirs publics

Outre les consommateurs, le gouvernement ou les agences de la consommation peuvent également participer au processus de consultation.

En Australie[89], le ministère du Commerce et de la Consommation a apporté des précisions sur la participation éventuelle du gouvernement. Il distingue les instruments de pure autoréglementation, comme les codes volontaires de conduite ou les codes d'éthique, pour lesquels l'industrie établit ses propres standards de conduite et les applique sans aucune implication du gouvernement, que ce soit lors de l'élaboration des standards, leur promotion ou leur application.

Mais si ces codes de conduite ne sont pas efficaces, le gouvernement peut assister l'industrie pour réglementer efficacement. Une quasi-régulation peut être alors définie lorsque l'industrie adopte ou utilise des codes de conduite pour lesquels l'implication du gouvernement s'étend à l'élaboration des dispositions ou à un appui apporté au code, mais l'application du code est laissée à l'industrie.

---

[88] *Models of self-regulation. An overview of models in business and the professions*

[89] Consumer Affairs Division. Department of Industry, Science and Tourism, ou Hon Warren Truss MP, *Codes of Conduct. Policy framework.*

Lorsqu'il considère qu'il existe des justifications suffisantes, le gouvernement peut assister l'industrie de nombreuses façons. Selon le ministère australien, le soutien du gouvernement pour les codes peut inclure :

- Des "guidelines" pour la résolution des litiges.
- Une assistance pour élaborer un code approprié.
- Des recommandations gouvernementales.
- La mise à disposition de représentant du gouvernement ou de consommateurs.
- Une application gouvernementale du code[90].

La différence entre l'autoréglementation pure et la quasi-régulation réside dans le fait que l'industrie sait que l'implication du gouvernement dans la seconde implique que l'industrie doit se conformer au code ou courir le risque qu'une loi soit promulguée pour rendre la conformité au code obligatoire.

La concertation a déjà dans le passé impliqué les institutions communautaires. Ainsi, la FEF (Fédération Européenne de Franchissage) a procédé à des consultations avec la Commission européenne avant de promouvoir son code européen du franchisage.

Les agences gouvernementales peuvent également avoir un rôle à jouer. Ainsi, les agences australiennes de la consommation estiment qu'elles peuvent intervenir lors de l'élaboration d'un code de conduite. Elles sont en mesure de donner des informations essentielles sur la nature et les types de réclamations que les consommateurs font à l'égard d'une industrie. Elles peuvent fournir des conseils sur la préparation du code.

Il peut être utile de consulter d'autres autorités publiques, comme le ministère compétent pour le secteur concerné par le code. La consultation du gouvernement est également une pratique courante en Nouvelle-Zélande : ainsi, le code des pratiques bancaires, a été développé par l'association des banquiers de Nouvelle-Zélande, avec un apport du Ministre de la Consommation, l'Institut des Consommateurs et d'autres agences.

[90] Remarque : on notera que sur ce dernier point, le ministère se contredit, dans la mesure où il indiquait précédemment que l'application était laissée à l'industrie.

Les agences gouvernementales intéressées par l'instrument de normes douces pourront de leur côté vérifier si le code prend bien en compte les questions de politique et d'intérêt public ainsi que la législation existante. Ces agences peuvent également fournir des renseignements sur les réclamations qu'elles reçoivent dans un secteur donné. L'autorité gouvernementale qui s'occupe de la concurrence devra être consultée afin de vérifier que le code ne tombe pas sous le coup de la législation protégeant la concurrence.

Parfois, l'intervention de l'administration, des professionnels, des consommateurs et des tiers peuvent se combiner. Ainsi, le code des bonnes pratiques agricoles (CPBA)[91], adopté en France, constitue un exemple de large participation[92].

Ce code a réuni des agriculteurs, les autres professionnels concernés par la pollution, des élus, des usagers, des chercheurs et des personnes qualifiées.

Deuxième exemple, en France, d'une large participation : le Contrat pour l'amélioration de la Qualité des Services93, qui concerne les dépannages "multiservices". Il a été négocié entre les professionnels regroupés au sein du Syndicat National de la Maintenance et des Services Après Vente (SYNASAV) et des organisations de consommateurs, sous l'égide du ministère de la Consommation. L'objectif de la négociation était également d'aboutir à une marque

---

[91] Op. cit.

[92] Le gouvernement en a confié la préparation et l'élaboration à une institution représentative, le Comité d'Orientation pour la Réduction de la Pollution des Eaux par le Nitrate et les Phosphates provenant des activités agricoles (CORPEN). Ce comité, créé en 1984 par les ministres de l'Agriculture et de l'Environnement, est composé de représentants de la profession agricole, de syndicats professionnels concernés (producteurs d'engrais, de produits phytosanitaires, distributeurs d'eau), d'associations d'élus et d'usagers, d'établissements publics de recherche (INRA, CEMAGREF, BRGM, IFREMER), des agences de l'eau, des directions ministérielles concernées (agriculture, environnement, santé…) et de personnes qualifiées.
Ce comité se veut *"un lieu d'élaboration progressive d'un consensus sur l'action à mener pour lutter contre les pollutions diffuses d'origine agricole"*. Il a proposé les bases techniques du CPBA.
Ces bases ont été présentées à la Commission eau nitrates (un service du ministère de l'Environnement) et reprises par les ministères de l'Agriculture et de l'Environnement, dans l'annexe du décret du 27 août 1993 et l'arrêté du 22 novembre 1993. Le CPBA dispose d'une certaine légitimité dans la mesure où il est le fruit d'un consensus entre les différentes parties représentées au CORPEN.
Mais le CBPA n'a par principe aucune valeur juridique. Son application dépend de la bonne volonté des agriculteurs et repose donc sur des actions purement volontaires. Les textes européens et français sur lesquels il est fondé en ont ainsi décidé. Le code équivaut en quelque sorte à un simple recueil de recommandations appliquées volontairement.
Son existence est obligatoire, mais son application ne l'est pas. Il a pu être qualifié de "manuel de bonnes conduites". Toutefois, certaines dispositions du CBPA deviendront obligatoires. Il est en effet prévu que les Etats établissent, en application de la réglementation européenne, des programmes d'action qui reprennent nécessairement les mesures fixées dans le CPBA. Ainsi, par décret et arrêté du 4 mars 1996, le gouvernement a repris de nombreuses recommandations de ce code, en leur donnant une force obligatoire. Et cette fois, il est prévu des mesures répressives à titre de sanctions. La violation des interdictions constitue une infraction pénale (contravention de 5è classe).

[93] Groupe de travail du conseil national de la consommation. Dépannage à domicile.

"Approuvé" sur la qualité des services de dépannage multiservices à domicile.

On peut également citer le Contrat conclu en 1989 par des représentants de consommateurs et le syndicat de la vente directe sous l'arbitrage de la Direction générale de la consommation, de la concurrence et de la répression des fraudes.

La valeur exemplaire de ces deux négociations est cependant limitée car seul un petit nombre d'organisations de consommateurs, sur la vingtaine qui compose le paysage français en la matière, y a participé.

Lors de ces discussions avec l'ensemble des protagonistes (entreprises, consommateurs, gouvernement et agences gouvernementales) il ne s'agit pas d'accorder un pouvoir de veto aux parties, mais de parvenir à une véritable coopération entre celles-ci. Les consommateurs doivent faire des propositions constructives sur la façon de répondre à leurs préoccupations en prenant en compte le coût, et l'industrie doit s'efforcer de trouver des réponses aux attentes de ses clients.

L'apport lié à la participation de toutes les parties concernées est plus approprié lorsque le code répond à des nécessités du marché (comme les préoccupations du consommateur d'être informé de la qualité du produit ou du service, des restrictions sur l'entrée, de la publicité, etc.) invoquées dans l'intérêt du public, des droits et obligations des acheteurs et des vendeurs et de la détermination des responsabilités entre eux, dans l'éventualité d'un litige.

En définitive, la question de la participation est essentielle pour les codes de conduite. Dans certains pays, elle a pu être jugée insuffisante. C'est le cas en Grande-Bretagne, où le Directeur Général du Commerce Equitable[94] dresse un bilan négatif des codes de conduite. Il rappelle que les associations professionnelles, par le biais des codes de conduite, ont jeté les bases pour la création de standards pour les consommateurs. En dépit de cela, et malgré certains succès notables de codes soutenus par l'OFT, le régime global de ces codes n'a pas suscité une adhésion suffisante de la part des parties intéressées. Le Directeur Général estime qu'un nouveau régime doit être établi[95].

§ 3 - des règles adaptées aux situations à régler

Le choix des règles adaptées dépend fortement de la bonne application des deux conditions précédentes. En effet, si les objectifs sont clairement définis par l'ensemble des acteurs concernés il y a de grandes chances que les règles contenues dans l'instrument de normes douces donnent la solution au problème qu'il fallait résoudre.

Ces règles constituent le cœur du code. Elles remplissent le double objectif de fournir aux membres du secteur un guide sur des règles, des pratiques et des procédures acceptées en son sein, et d'informer les consommateurs, sur leurs droits, leurs obligations et les niveaux de qualité et de service qu'ils peuvent exiger.

Les règles ne doivent pas se contenter d'énoncer des grands principes. Elles doivent aborder des problèmes spécifiques. Elles seront fondées sur des données concrètes, telles que les statistiques des réclamations établies par les membres de l'industrie et les agences gouvernementales de la consommation. Elles établiront des "benchmarks" de performance, qui laissent une marge de manœuvre importante aux membres adhérant aux codes. A eux de recourir à des méthodes efficaces et innovantes pour les atteindre.

[94] OFT, *Volontary Codes of Practice*.
[95] Cf. supra le bilan des normes douces en Grande-Bretagne.

Le guide des agences australiennes de la consommation[96] fournit une liste de standards possibles (le contenu et le "design" du produit, le contrôle de la qualité, le service après-vente…).

Le choix des règles adaptées peut aller au delà des exigences commerciales et légales immédiates. Il peut être l'occasion de réaliser une politique générale d'amélioration de la situation des consommateurs. Ainsi, l'OFT considère qu'un code de conduite doit offrir des avantages spécifiques et valables, au-delà de ce qui pourrait être attendu des exigences légales ou des pratiques normales d'une industrie. Sans être trop contraignant, le code doit exiger des standards élevés au sein d'un secteur commercial particulier qui reflètent les attentes des consommateurs raisonnables. Il doit inclure des mesures qui tendent à répondre aux préoccupations des consommateurs et à l'élimination ou à la diminution des pratiques commerciales indésirables, survenues dans un secteur commercial particulier. Dans ses "guidelines" de 1991[97], l'OFT rappelle que le code doit aborder les questions suivantes :

- Le marketing et la publicité des biens et des services.
- La qualité du produit et du service au consommateur.
- Les termes et les conditions d'approvisionnement (y compris le caractère lisible, complet et compréhensible de la documentation écrite).
- Les dates de livraison.
- Les garanties.
- La protection pour les acomptes et les paiements d'avance.
- Le service après vente, les pièces de rechange…

Des mesures spécifiques doivent garantir une information adéquate du consommateur sur les biens et les services et les termes de l'approvisionnement.

Les exigences du code doivent être claires, précises et mesurables autant que possible (par exemple par des limites de temps).

[96] Fair Trading, Codes of Conduct
[97] Publiées en annexe de *Volontary Codes of Practice*.

L'OFT suggère des standards généraux qui s'appliqueraient à toutes les transactions de consommation. Il existe en effet des principes de pratiques commerciales qui peuvent s'appliquer quelle que soit la nature de la transaction. De plus, des dispositions minimales sont nécessaires, comme l'existence d'un système indépendant de recours (pour gérer les réclamations non résolues. Pour compléter ces règles générales, il faut des dispositions adaptées à certaines pratiques qui sont spécifiques à un secteur.

Un corps de règles établira clairement les principes et les obligations respectives qui sont à la base de la grande majorité des transactions effectuées en Grande-Bretagne. Cela peut se traduire par la recommandation de bonnes conduites, incluant une liste non-exhaustive de mauvaises conduites proscrites.

En résumé, l'OFT fait trois propositions pour l'élaboration d'un code de conduite :

- Un corps de règles couvrant le comportement général des commerçants, à l'égard des consommateurs et les responsabilités mutuelles.
- Une liste de standards spécifiques selon les secteurs, fondés sur les termes et les principes du corps de règles, destinés dans un premier temps aux problèmes connus de tel ou tel secteur.
- Des standards élaborés sous les auspices d'un corps indépendant faisant autorité, avec un apport des commerçants et des consommateurs.

Le fait d'édicter des préconisations générales tend à unifier les instruments de normes douces et les oriente vers la réalisation de buts identiques.

En Nouvelle-Zélande[98], on retrouve le même désir de donner un moule commun aux normes douces. Ainsi, le ministère de la Consommation recommande d'inclure dans les codes les informations suivantes :

- L'information sur le produit ou le service (par exemple les ingrédients constitutifs ou les matériaux) ;

[98] *Guideline on Developing a Code of Practice.*

- L'information sur le prix (incluant les accessoires, l'installation et les autres coûts nécessaires) ;

- Les instructions sur l'usage et la maintenance ;

- Les limites de performance ;

- Des délais de réflexion ;

- La présence des points de vente ;

- Le service après-vente ;

- Où les consommateurs peuvent aller pour obtenir des informations et des conseils ;

L'élaboration d'une norme douce est une phase cruciale car sa mise en œuvre dépend en grande partie du succès de la phase de l'élaboration. L'autorité publique devra donc déployer tous les efforts possibles pour optimiser cette phase. Par exemple, il lui faudra s'assurer de la présence de toutes les parties concernées. En ce qui concerne la définition des objectifs, l'autorité publique pourra organiser des tables rondes où s'instaurera un dialogue entre les différents acteurs qui fera apparaître les attentes de chacun. Enfin, l'intérêt de l'intervention d'une autorité publique réside dans la possibilité d'une uniformisation des normes douces. L'autorité pourrait définir de grandes orientations communes à l'ensemble des codes et qui s'appliqueraient à tous les secteurs. Ainsi, l'OFT au Royaume-Uni et le ministère de la consommation australien contribuent à une homogénéisation des différents codes en diffusant des prescriptions générales applicables à tous les codes. Les consommateurs comprendront plus facilement des codes offrant un fonds commun.

Lorsqu'une norme douce a été élaborée sur des bases saines, la surveillance de son application se fera dans les meilleures conditions.

SOUS-SECTION - 2 L'administration des normes douces

Concevoir une norme douce n'est pas suffisant ; il faut la faire vivre. L'administration des normes douces passe par une surveillance de l'application, par la publicité du mécanisme de norme douce, par un rapport d'activité régulier et par une évaluation fréquente conduisant, le cas échéant à des modifications.

§ 1 - le contrôle

Le contrôle du code est nécessaire pour assurer son respect et vérifier que sa mise en œuvre est conforme aux objectifs. Il est nécessaire de prévoir un corps d'administration chargé d'une telle mission, qui doit être prévu par le code lui-même. Son choix aura une influence déterminante sur la crédibilité de l'instrument de norme douce auprès des consommateurs. Ceux-ci auront tendance à déconsidérer un organisme de contrôle composé uniquement de professionnels alors qu'ils seront plus enclins à faire confiance à un organe indépendant. Le problème se posera de savoir qui devrait assurer ce contrôle : les professionnels eux-mêmes, une commission paritaire ou un corps indépendant. Les deux types de contrôle existent dans la pratique.

Un contrôle par un corps indépendant constitue la meilleure solution : elle permet une surveillance plus objective du comportement des entreprises, et paraît inspirer plus spontanément confiance à l'ensemble des acteurs. Cette indépendance suppose au moins que les représentants des professionnels au sein de l'organisme chargé du contrôle soient minoritaires.

Il existe un parallélisme évident entre l'identité des participants à l'élaboration des normes douces et l'identité des contrôleurs. Comme le démontrent des exemples français et suisse, des codes adoptés par les seuls professionnels ne sont contrôlés que par ces seuls professionnels.

Ainsi, en France, le code professionnel de la Vente par correspondance, élaboré, en 1987, par le Syndicat des Entreprises de Vente par Correspondance (SEVPC)[99], prévoit que le contrôle du code est effectué par un Comité de Surveillance. Il a *"pour vocation de traiter tous les cas pouvant avoir des conséquences dommageables pour la profession et en particulier ceux dont l'origine est un non-respect du Code Professionnel"*. Ce Comité est composé de 10 à 12 membres, qui sont élus par l'Assemblée Générale. Ainsi chaque grand secteur professionnel du Syndicat est représenté.[100]

[99] *Cf. Codes professionnelles de vente par correspondance, JCP*

[100] Toute personne physique ou morale, peut saisir le Comité de Surveillance lorsqu'elle constate une violation du Code Professionnel. Le Comité peut s'auto - saisir. Les décisions sont prises à une majorité renforcée : aux 3/4 des membres présents.

De même, la Convention relative à l'obligation de diligence des banques[101], adoptée en 1977 par l'Association suisse des banquiers prévoit *"qu'en adhérant à la présente convention, les banques chargent leurs organes de révision et leur donnent l'autorisation de vérifier par sondages, à l'occasion de la révision ordinaire des comptes, que les dispositions de la présente convention ont été respectées. Les organes de révision communiqueront à la Commission de surveillance et à la Commission fédérale des banques les infractions qu'ils constatent ou qu'ils peuvent légitimement soupçonner".*

Les avis sont partagés, mais il faut éviter que ce contrôle soit effectué directement par l'association professionnelle qui a élaboré le code, sinon celle-ci risque de se trouver dans la situation de juge et de partie. Elle risque de rencontrer des difficultés pour concilier sa mission de défense des intérêts de ses membres et son rôle de garant du respect de normes douces, qui peut la conduire à prononcer des mesures défavorables à l'encontre de l'un de ses membres.

C'est pour cette raison qu'il convient plutôt de confier le contrôle à une structure ad hoc qui comprenne des professionnels et des représentants des autres parties intéressées (s'agissant des questions relatives à la consommation, il est nécessaire de nommer des représentants de consommateurs).

Dans certains pays, comme en Australie, les observateurs des instruments de normes douces sont moins catégoriques. En effet, les agences gouvernementales de la consommation[102] de ce pays préconisent de confier cette mission au corps de l'association (conseil exécutif, commission…). Ce dernier doit se réunir régulièrement et doit être constitué comme un comité d'administration du code avec un agenda distinct et une représentation extérieure. Ces questions doivent figurer dans le code lui-même pour garantir la transparence du procédé.

Mais les agences australiennes de la consommation rappellent que si le code constitue un mécanisme important pour traiter les préoccupations des consommateurs dans une industrie, et que l'industrie dispose des ressources adéquates, la crédibilité du corps sera renforcée par la nomination d'un président indépendant.

La nomination d'une personne qualifiée pourra servir pour faciliter les discussions entre les parties, et pour aider à atteindre un consensus sur les sujets qui posent problèmes.

---

[101] Marc Elvinger, *Libres propos sur l'utilité d'un code de bonne conduite en matière bancaire.*
[102] *Fair Trading. Codes of Conduct.*

Au contraire, lorsque les organismes de consommateurs ont participé à l'élaboration d'un instrument de normes douces, ils sont généralement associés à son contrôle. Lorsque les représentants des consommateurs n'étaient pas là au moment de l'élaboration d'une norme douce, leur participation à son contrôle renforcera la crédibilité qui pouvait lui faire défaut. A cet égard, la désignation de représentants de consommateurs peut renforcer la crédibilité du corps, en garantissant que les règles élaborées tiennent compte des besoins des consommateurs (il peut être nécessaire de demander à ces représentants de s'engager à ne pas divulguer des informations commerciales sensibles).

Le contrôle indépendant est généralement assuré par un organisme composé des différents protagonistes. Il regroupera des représentants des professionnels, des consommateurs et de l'Etat. Ces organismes existent dans de nombreux pays.

En France, le Contrat pour l'amélioration de la Qualité des Services[103] a institué une Commission de Qualification et de Contrôle, prévue au sein de QUALISAV composé de professionnels, de fonctionnaires et de représentants des consommateurs[104], et ayant pour fonctions :

- de surveiller le respect des engagements pris ;
- de sanctionner tout manquement à ces engagements ;
- de retirer la qualification si nécessaire.

Le code français de la vente directe a institué un administrateur du code qui est indépendant du Syndicat de la vente directe. Il est chargé de contrôler l'application du code par les sociétés et de régler toutes les réclamations non satisfaites des consommateurs ou des vendeurs portant sur la violation du code. Aux côtés de l'administrateur, deux représentants des Associations nationales de consommateurs et

[103] Groupe de travail du conseil national de la consommation. Dépannage à domicile.
[104] Cette commission est composée de :
- 8 membres du SYNAVSAV ;
- 7 membres associés :
- Deux représentants du ministère chargé de la Consommation ;
- Un représentant du ministère chargé du Commerce et de l'Artisanat ;
- Trois représentants des organisations de consommateurs ;
- Un représentant de l'Institut National de la Consommation.

deux représentants des entreprises participent aux réunions et suivront les actions de l'administrateur vis-à-vis des entreprises et des réclamations.

Dans certains cas, le corps comprend un représentant d'une agence gouvernementale de la consommation ou d'une autre autorité de régulation dans un rôle ex officio. Cela permet à l'industrie et aux régulateurs d'évaluer les préoccupations et les difficultés de chacun, et de coordonner leurs efforts vers des méthodes plus rentables de protection des intérêts des consommateurs. Mais les agences doivent être conscientes qu'il peut advenir des conflits d'intérêts.

On peut citer comme exemple australien le code de conduite pour le marketing des produits de santé et de nutrition, administré par un comité d'administration du code composé de professionnels et de représentants des consommateurs et de l'administration[105].

Les missions du comité sont claires et complètes (promotion, surveillance, examen des réclamations, statistiques, rapport annuel) et pourraient servir d'exemple à nombre d'organismes de contrôle[106].

---

[105] - Trois membres de l'association des aliments nutritionnels du comité de management de l'Australie (sélectionné par le conseil exécutif national) dont l'un doit être un technicien ;
- Un praticien des services de médecine naturelle (nommé par le conseil exécutif national) ;
- Un membre désigné par l'administration des biens thérapeutiques ;
- Un représentant de consommateur sélectionné parmi les candidats nommés par ministère de la Consommation.

[106] - Mettre en place une politique pour coordonner la promotion du code ;
- Surveiller l'administration et le fonctionnement concrets des procédures de gestion des réclamations et du comité de résolution des réclamations ;
- Procéder à un examen régulier des réclamations et des problèmes soulevés par l'industrie au sujet du marketing et des pratiques promotionnelles ;
- Collecter les données statistiques des réclamations dans leur ensemble afin que le rapport annuel du code fournisse une vue d'ensemble des réponses apportées par l'industrie pour gérer les réclamations ;
- Publier un rapport annuel sur le fonctionnement du code ;
- Déterminer la politique et les procédures pour promouvoir le code au sein du marché et sa reconnaissance par les consommateurs ;
- Préparer, au moins annuellement, un budget de fonctionnement du code qui couvre les frais de fonctionnement et de promotion.

En général, les responsabilités du corps de contrôle incluent : le contrôle et l'établissement de rapports sur le respect du code, l'obtention de moyens financiers adéquats provenant des membres.

Un dernier exemple dans le domaine du tourisme est celui de la Charte du tourisme durable[107] a prévu d'établir un Comité de suivi. Il sera constitué des institutions et des organisations internationales composant le Comité organisateur de la Conférence. Ce comité a pour mission d'assurer la promotion et la diffusion de la Charte et de veiller à son application optimale. Il doit favoriser la réalisation d'études, de projets et d'actions de nature à créer des situations exemplaires pouvant servir de référence pour tout problème majeur au niveau mondial.

Les normes douces étant édictées à l'intention des consommateurs, il faut non seulement que leur contrôle soit satisfaisant, mais encore que ce contrôle soit connu des consommateurs. C'est le rôle de la publicité des normes douces.

§ 2 - la publicité

La publicité du mécanisme mis en place par le code est indispensable pour que les consommateurs aient connaissance de l'instrument de normes douces et lui accorde la confiance. La publicité d'un code donne en outre une image favorable du secteur et peut également encourager la participation au code, favorisant ainsi, un plus grand respect de ses prescriptions.

Si le mécanisme est ignoré par la grande majorité du public, son utilité sera évidemment très amoindrie. C'est un problème essentiel, car bien souvent dans la pratique, les consommateurs ignorent l'existence même de ces codes.

C'est par exemple le cas en Grande-Bretagne, si l'on en croit l'OFT ; le gouvernement britanique estime qu'un manque d'information des consommateurs et des fournisseurs sur les règles et les procédures constitue l'une des causes fréquentes d'échec d'un code.

[107] Adoptée à la suite de la Conférence Mondiale du tourisme durable qui s'est tenue à Lanzarote, Iles Canaries, Espagne les 27 et 28 avril 1995 Elle est publiée par Transverses.

L'OFT rappelle que les représentants de consommateurs et les autorités de standards commerciaux ont mis l'accent sur la faible visibilité des codes et sur l'inadaptation de leur format (trop long, trop variable et trop compliqué) pour avoir un impact significatif sur la plupart des consommateurs. Les professionnels ne font pas beaucoup d'efforts pour promouvoir ces codes, peut-être parce qu'ils ne veulent pas souligner les risques de la transaction, ou bien parce qu'un code identique pour tous les professionnels n'aide en rien un commerçant à se distinguer des autres.

Quoi qu'il en soit, l'absence de publicité peut avoir des conséquences néfastes sur l'efficacité des codes : si ces instruments n'ont que peu d'influence sur les décisions d'achat, les entreprises seront peu motivées pour les respecter, et en particulier pour se soumettre à leurs dispositions les plus contraignantes.

Cependant, même lorsque le code est connu des consommateurs, ces derniers en viennent souvent à considérer les instruments de "soft law" avec méfiance, car ils perçoivent, à juste titre, les associations professionnelles comme des organismes essentiellement destinés à aider les commerçants plutôt que les consommateurs.

Il importe donc que la publicité s'effectue de la façon la plus apte à rassurer les consommateurs. Ainsi, les agences australiennes de la consommation ont réfléchis aux différents moyens d'assurer la bonne connaissance des codes.

Elles[108] suggèrent que le code établisse :

- La façon dont l'industrie doit rendre public son code, pas seulement lors de son lancement, mais de manière continuelle.

- Le type d'informations qui doivent être fournies aux membres de l'industrie et aux consommateurs.

- La façon de faire prendre conscience aux consommateurs de leurs droits, à toutes les étapes du procédé de réclamations.

[108] *Fair Trading. Codes of Conduct.*

La meilleure façon de populariser le code est sans doute d'en adresser un exemplaire au consommateur : une copie du code peut être fournie avec le contrat si une relation de long terme existe entre le professionnel et le consommateur. Ainsi, en France, la Charte du Syndicat national de la vente et du service à domicile, qui établit 7 garanties pour le consommateur, est généralement annexée au contrat du vendeur. Le code, ou un résumé, peut être donné aux consommateurs lorsqu'un achat est réalisé.

Certes, cela n'est pas très pratique pour des achats fréquents comme pour les chaussures, mais dans de tels secteurs, le code peut être affiché dans une forme adaptée à une lecture rapide, dans les locaux commerciaux, dans les vitrines ou à la caisse. Il est également possible de procéder par la voie d'une campagne publicitaire, mais peu d'associations ont les moyens d'en financer une.[109]

Dans ses "guidelines" de 1991, l'OFT[110] préconise la fourniture gratuite de copies du code à toutes les parties concernées. On peut également imaginer que le code soit publié sur le site Internet de l'entreprise. L'essentiel est que la présentation du code facilite la lecture, sinon le consommateur ne s'y arrêtera pas.

Mais la publicité du code ne doit pas être uniquement à destination des consommateurs. Il convient également d'assurer la promotion du code auprès des professionnels. Il est nécessaire que les professionnels aient une bonne connaissance du code pour pouvoir l'appliquer convenablement, ce qui semble aller de soi, mais qui n'est pas toujours le cas dans les faits.

Ainsi, s'agissant des codes de bonne conduite agricole[111] la directive européenne laisse aux Etats la possibilité d'élaborer "un programme prévoyant la formation et l'information des agriculteurs en vue de promouvoir l'application du ou des codes". En France, une circulaire du 11 mars 1992 envisage un programme de formation, d'information et de connaissance du code à l'intention des agriculteurs.

On peut également citer l'exemple français du CD-ROM de formation du Syndicat de la Vente Directe. Il s'agit d'un CD qui explique aux vendeurs la législation applicable et le contenu du Code de la Vente Directe. C'est donc une sorte de formation à la "soft law".

---

[109] On citera toutefois l'exemple du groupe Vivendi qui a fait connaître sa "charte Internet confiance" par voie de publicité dans la presse écrite.
[110] *Volontary codes of practice.*
[111] Cf. supra.

Un autre aspect de la publicité des normes douces, le rapport d'activité, mérite un développement séparé.

§ 3 - un rapport d'activité

Le rapport d'activité participe à la publicité des normes douces. Mais il va plus loin, c'est un travail critique qui devrait permettre d'améliorer le fonctionnement du mécanisme.

Dans ses "guidelines" de 1991, l'OFT[112] plaide pour un rapport annuel sur le fonctionnement du code, qui doit comprendre en particulier le nombre et les différents types des réclamations soumises à une conciliation ou au système indépendant de recours. Il juge préférable de confier cette mission à une personne ou un corps indépendant, ayant les pouvoirs de faire des recommandations. Les informations contenues dans ce rapport seraient tenues à la disposition de la presse économique. Il peut être souhaitable d'inclure dans le rapport annuel une partie rédigée par le ou les représentants des consommateurs.

Le rapport annuel doit plus particulièrement identifier les problèmes de l'industrie et émettre des recommandations pour modifier les pratiques incriminées.

Dans le cadre des mesures tendant à la publicité du mécanisme de "soft law", mais aussi indépendamment de celles-ci, le code doit prévoir l'établissement par l'association professionnelle d'un rapport public, au moins annuellement, destiné plus particulièrement aux parties concernées. D'après les agences australiennes de la consommation[113], les questions abordées dans le rapport peuvent inclure :

- Les ruptures identifiées du code et les mesures de redressement prises ;
- La publicité et les programmes d'éducation ;
- Les mesures prises pour traiter les réclamations identifiées comme systématiques ;

[112] Publiées en annexe de *Volontary Codes of Practice*.
[113] *Fair Trading. Codes of Conduct.*

- Les statistiques sur les réclamations et les litiges et leur résolution, classées de manière appropriée ;

- Le contrôle du respect, par l'industrie, des standards de qualité, de sécurité et de conduite, ainsi que des principes et des procédures du code ;

- Les coûts et les autres détails sur le fonctionnement ;

- Des améliorations continuelles des principes du code et du fonctionnement.

Nombreux sont les pays où les rapports d'activité donnent un compte-rendu d'un instrument de norme douce.

Ainsi, en Australie, le code des transferts de fonds électroniques prévoit que les émetteurs de carte ou leur association doivent publier un rapport annuel sur le respect du code destiné au Conseil australien des systèmes de payement, qui fait à son tour un rapport aux ministères concernés.

De même, en France, le code de la vente directe prévoit que l'administrateur du code établisse un rapport annuel. Nous avons pu vérifier que c'était effectivement le cas.

En règle générale, l'existence d'un rapport annuel facilitera l'évaluation du code et son éventuelle modification.

§ 4 - Une évaluation fréquente et des modifications, si nécessaire.

Il est utile de procéder à une évaluation régulière du mécanisme de "soft law" afin de voir s'il est efficace et s'il est toujours adapté. Un réexamen du fonctionnement du code doit être effectué à intervalles fixes, au moins tous les trois ans.

Le procédé doit prévoir la consultation de toutes les parties concernées (c'est une conséquence logique du principe de participation de toutes les parties à l'élaboration ; c'est en quelque sorte l'application du principe du parallélisme des formes aux instruments de normes douces). Des représentants extérieurs peuvent être intégrés dans le groupe chargé du réexamen, ou un corps extérieur peut être chargé de mener le réexamen.

Le code doit prévoir que, lors du réexamen, il a procédé à l'évaluation de l'effectivité, de la gestion des réclamations, de la conformité, de l'administration, de la visibilité, du contrôle, des consultations et de la représentation extérieure[114].

De son côté, le gouvernement néo-zélandais a estimé que lors de l'évaluation, devaient être pris en compte :

- L'efficacité - Les avantages - La connaissance du code par les participants - Les sanctions - La représentation extérieure - La couverture	- Le coût - La visibilité - La gestion des réclamations - Le contrôle - Les effets sur la concurrence - La consultation

Ce réexamen[115] peut le cas échéant souligner la nécessité d'amender le code. Ce dernier doit, à cet égard, inclure les procédures pour réaliser les amendements nécessaires. Ces procédures doivent plus particulièrement prévoir :

- La consultation des membres, des agences gouvernementales et des consommateurs durant la conception et la rédaction de l'amendement pour garantir qu'il peut fonctionner, qu'il est acceptable et qu'il ne créera pas d'autres difficultés ;
- Une publicité adéquate des amendements.

Il serait sans doute avantageux que le fonctionnement des normes douces ne repose pas toujours sur le même organe. Ainsi le contrôle et la publicité peuvent être assumés par un organe et la rédaction du rapport d'activité et la réévaluation par un second organe qui serait indépendant des promoteurs de la norme douce. C'est d'ailleurs ce que préconise l'agence australienne, l'ASIC qui souhaite un réexamen périodique par un consultant indépendant (cf Chapitre précédent, carrefour des listes). Il faut insister sur l'indépendance de l'évaluateur qui ne saurait être une quelconque agence gouvernementale même si elle n'est pas partenaire de la norme douce. Un regard objectif et critique ne peut que contribuer à l'amélioration des normes douces.

[114] Cf. Commonwealth, State and Territory Consumer Affairs Agencies, *Fair Trading Codes of Conduct*.

[115] Exemple, par le code de l'association australienne des fabricants pharmaceutiques prévoit un réexamen par l'association elle-même tous les deux ans avec un apport de tous les groupes concernés par l'industrie.

La contrepartie de cette approche neuve et extérieure est son coût. Il faudrait donc dégager un budget adapté. Le surcoût sera cependant atténué s'il rend l'instrument de norme douce plus crédible. Cette crédibilité renforcée profiterait aux professionnels, ce serait donc à eux de financer l'expertise indépendante.

Enfin, tout système normatif n'étant effectif que s'il existe un mécanisme de sanction des violations des normes posées, il convient de vérifier la présence de recours et de sanctions qui s'appliqueront lors de la violation des normes douces.

SOUS-SECTION - 3 Un recours et des sanctions réelles

Comme pour une norme "dure", la crédibilité d'une norme douce se mesure aux sanctions qui accompagnent sa violation. Mais pour que la sanction soit efficace, un mécanisme de résolution des litiges rapide et de faible coût et des sanctions significatives sont indispensables en cas de violation.

§ 1 - Un recours

La notion d'accès au droit est de plus en plus prise en compte devant les juridictions étatiques. Le même souci doit animer les promoteurs des normes douces.

Comme il a été rappelé précédemment[116], l'existence d'un recours en cas de litige constitue l'une des conditions essentielles pour qu'une norme soit efficace. Il est, dès lors, nécessaire qu'un instrument de norme douce mette en place un mécanisme de résolution des litiges. Il peut s'agir de procédures d'arbitrage et de médiation, et /ou de l'examen du litige par l'organisme chargé du contrôle.

L'existence d'un système de résolution des litiges accessible et de faible coût pour le consommateur constitue précisément l'un des principaux avantages qu'un mécanisme de "soft law" peut offrir.

Outre la résolution des litiges eux-mêmes, un tel système, s'il est efficace, permet d'améliorer la réputation des commerçants qui y participent, de mieux cerner les défauts des produits et des services aux yeux des consommateurs, et encourage l'action des membres de l'industrie pour réduire les réclamations futures.

[116] Cf. Rappel : les conditions d'efficacité d'une norme.

Dans sa recommandation sur la résolution extrajudiciaire des litiges (98/257/CE), la Commission a posé 7 principes à respecter par les mécanismes de résolution des litiges : indépendance, transparence, contradictoire, efficacité, légalité, liberté, représentation.

On retrouve, sous différentes formes, ces principes universels dans les préconisations d'autres administrations.

Un rapport intitulé "Benchmarks for industry-based customer dispute resolution schemes", publié en 1997 par le ministère australien du Commerce et de la Consommation, énonce six "benchmarks" pour les mécanismes de résolution des litiges :

- L'accessibilité : le mécanisme doit être connu des consommateurs, facilement utilisable et son coût ne doit pas constituer une barrière[117] ;

- L'indépendance : le processus de décision et l'administration du mécanisme sont indépendants des membres de la Fédération professionnelle ;

- L'équité : l'organe de recours produit des décisions qui sont équitables et considérées comme telles par les parties en observant les principes de l'équité procédurale, en prenant des décisions informées et en fondant ces décisions sur des critères spécifiques ;

[117] Il faut que l'accès concerne tout le territoire. Les consommateurs ne doivent rien payer avant que la plainte ne soit traitée. L'équipe du mécanisme doit être capable de gérer les réclamations des consommateurs. Elle explique en particulier aux consommateurs les démarches à suivre. L'instrument privilégie des approches non contradictoires telles que la conciliation, la médiation et la négociation).

➢ La responsabilité : l'organe de recours rend publiquement compte de ses opérations en publiant ses décisions et des informations concernant les réclamations et mettant en lumière les problèmes systématiques d'une industrie ;

➢ L'efficacité : pour être efficace, le mécanisme doit conserver des traces des réclamations, et s'assurer que les réclamations sont résolues par les moyens appropriés, et enfin examiner régulièrement ses performances ;

➢ L'effectivité : le mécanisme est effectif s'il a un cahier des charges approprié et détaillé, et s'il fait l'objet de réexamens périodiques et indépendants de ses performances.

Le recours comporte fréquemment deux étapes. La première est la plus informelle ; il s'agit d'un recours amiable exercé devant le professionnel avec lequel le litige est survenu. La seconde étape a lieu en cas d'échec de la négociation amiable, elle est plus formalisée ; c'est la résolution du litige par l'organe institué par la norme douce.

D'après les agences australiennes de la consommation[118], l'expérience a montré qu'en matière de recours intervenant dans le cadre d'un instrument de normes douces, une approche en deux phases était réalisable, productive et économique. La première phase requiert une négociation directe entre le fournisseur et le consommateur par des procédures appropriées établies au sein des entreprises pour gérer rapidement et équitablement les réclamations. Les procédures doivent être clairement décrites et établies dans le code.

Elles doivent déterminer :

- La personne ou le corps qui gère initialement les réclamations ;
- Les délais qui doivent être respectés pour répondre à une réclamation ;
- S'il doit y avoir un comité informel de réexamen au sein d'une firme si un consommateur demeure insatisfait et quel personnel supérieur il doit comprendre ;
- L'obligation de donner par écrit aux consommateurs les raisons de rejet d'une réclamation ;

[118] Commonwealth, State and Territory Consumer Affairs Agencies; *Fair Trading. Codes of Conduct*.

- Les recours disponibles pour le remplacement ou la réparation des produits ou pour une compensation monétaire (et s'il y a des limites à ces compensations) ;

- Les méthodes pour recueillir les données sur le nombre et les types de réclamations et les taux de réponse et le temps nécessaire pour les gérer.

L'on passe à la deuxième phase de la procédure de recours lorsqu'une entreprise ne peut pas résoudre le litige qui l'oppose à un consommateur.[119]

Pour cette seconde phase, le code doit prévoir un corps de réclamation indépendant pour gérer les cas les plus difficiles qui n'ont pas été résolus dans les phases précédentes. Il peut s'agir d'un arbitre indépendant avec des pouvoirs de conciliation, d'un “Ombudsman” ayant la possibilité de prendre des décisions obligatoires, ou d'un comité indépendant composé d'un président indépendant et d'un ou de plusieurs représentants de l'industrie et des consommateurs.[120]

Dans le cadre de ces mécanismes de recours, le consommateur doit toujours conserver le droit d'obtenir réparation devant les tribunaux. Certes, l'objectif du code est de rendre la saisine de la justice inutile, en mettant en place un système convenablement organisé de résolution des litiges. Le code doit préciser que les consommateurs disposent de ce droit, mais le système de réclamations doit être élaboré de telle façon qu'il soit efficace et équitable pour être utilisé en premier, précisément pour éviter les frais d'une procédure judiciaire.

La définition des organes compétents et de la procédure est un point fondamental du recours.

---

[119] L'industrie est souvent en mesure de fournir un système rentable, rapide et informel, faisant appel aux ressources et à la connaissance technique de l'industrie pour gérer les réclamations et la plupart des réclamations sont réglées à ce stade avant la seconde phase.

[120] L'OFT[120] a publié un guide au sujet des codes de conduite en 1991. La recommandation qui demandait aux associations de prendre des mesures contre les contrevenants s'est avérée irréaliste. L'OFT y a d'ailleurs renoncé. Il a mis l'accent sur la nécessité d'introduire un élément d'indépendance dans les procédures disciplinaires, ce qui s'est également révélé difficile pour un grand nombre d'associations. Le coût entraîné par une telle mesure a été souvent mis en avant pour expliquer la difficulté à suivre cette recommandation. Pourtant, certaines associations de très petite taille sont parvenues à le faire de manière peu coûteuse. Dans un certain nombre de cas, l'argument du coût a en réalité servi de prétexte à des associations professionnelles, qui étaient réticentes à appliquer véritablement le code. Initialement, l’OFT considérait que les associations professionnelles étaient les plus aptes pour prendre en charge les questions de la publicité, de l’établissement des standards, de l’application et de la réparation. Mais les systèmes mis en place n’ont pas donné satisfaction, et ni l’OFT, ni les différents protagonistes n’ont été capables de suggérer des améliorations. L’OFT en a conclu que, la plupart du temps, les associations professionnelles, mises en place pour le bénéfice de leurs membres, n’étaient ni à l’aise ni efficaces dans le rôle de régulateur sectoriel. Le conflit inhérent entre les tâches d'un régulateur et les devoirs de représentation et de promotion, ainsi que le manque des pouvoirs nécessaires sur les membres, militent contre ce choix, excepté dans des circonstances exceptionnelles.

En Australie, la plupart des codes en vigueur prévoient des procédures précises de gestion des réclamations.[121] D'autres pays à l'instar de la France et du Luxembourg offrent des exemples pertinents bien que plus rares[122]

En Grande-Bretagne, certains secteurs se sont dotés d'un *Ombudsman*[123], chargé de résoudre les conflits. C'est le cas des assurances et des banques. L'*Ombudsman* des banques est rémunéré par les établissements. Il apprécie le bien-fondé d'une réclamation, au regard des règles qui sont contenues dans le code. Son intervention est amiable et non susceptible d'appel. Mais il est toujours possible d'exercer un recours judiciaire[124].

En Suède[125], un système original a été mis en place. Un Conseil des éthiques du marché (Marknads Etiska Radet- MER) a été créé en 1989, pour faire face à l'inquiétude persistante de l'industrie, par rapport au rôle prédominant du gouvernement et de la justice dans la détermination des "bons standards commerciaux".[126]

---

[121] Exemple : le code de conduite de l'association australienne des fabricants pharmaceutiques établit un sous-comité des réclamations pour régler les contestations concernant les ordonnances de médicaments.
Le sous-comité est dirigé par un président indépendant (un avocat des pratiques commerciales d'un grand cabinet d'avocats d'affaires), une personne nommée par le collège australien des généralistes, un spécialiste de l'arthrite, une personne nommée par la société australienne des pharmacologistes cliniques et expérimentaux, et des directeurs de l'industrie médicale.
Il y a un contrôle indépendant pour vérifier que le matériel promotionnel ne viole pas le code. Il est intéressant de noter que ce système est considéré comme plus rentable et plus opportun que l'ancien mécanisme d'enquête préalable du matériel réalisée par le ministère de la Santé.

[122] En France, le Contrat pour l'amélioration de la Qualité des Services a prévu le mécanisme de résolution des litiges suivant :
Il convient tout d'abord de tenter de régler les différends par les responsables régionaux du SYNASAV. En cas d'échec, il faut s'adresser à la Commission Nationale des Litiges créée au sein de QUALISAV. Elle est composée de trois membres du Bureau National du SYNASAV et de trois représentants des Organisations de Consommateurs.
Les entreprises doivent répondre à toute demande dans les quinze jours à compter de la date de réception.
En cas de litiges répétés concernant la même entreprise, la Commission Nationale des Litiges pourra proposer à la Commission de Qualification et de Contrôle la radiation de QUALISAV de l'entreprise en cause.
Au Luxembourg, le Code de déontologie de l'assurance vie placement, élaboré en 1995 par l'Association des Compagnies d'Assurance du Grand-Duché de Luxembourg (ACA) prévoit la mise en place d'un service de médiation paritaire. Cet organisme comprend un délégué de l'ACA et un délégué de l'Union Luxembourgeoise des Consommateurs (ULC), et a pour mission de concilier les parties (l'assureur et l'assuré). En cas de non-conciliation, il émet un avis motivé mais non-contraignant pour les parties. Si l'une des parties saisit la justice, le médiateur n'est plus compétent Les frais de fonctionnement sont pris en charge à raison de 50 % par l'ACA et l'ULC. D'après l'ACA, le médiateur est en moyenne saisi d'une vingtaine d'affaires par an, et, dans la grande majorité des cas, les compagnies membres de l'ACA respectent l'avis du médiateur.

[123] Cf. Jean Hesbert, *Un code de bonne conduite pour les banques : l'exemple britannique*.

[124] Les deux *Ombudsmen* des banques et des Building Societies ont examiné 9000 plaintes en 1991. Ils peuvent prononcer des sanctions.

[125] *Focus on Sweden*, Alliance Update.

[126] Les membres clés de ce Conseil sont :
- Le président : un membre de la Cour Suprême suédoise ;
- Le vice-président : un membre de la fédération des industries suédoises ;
- Les membres du Conseil (ils sont au maximum 8, et sont des praticiens du marketing).

Le système de réclamations est très ouvert. Dans les faits, le MER reçoit principalement des réclamations des consommateurs, des sociétés et des agences gouvernementales (en particulier de l'*Ombudsman* des Consommateurs). Le MER filtre cependant les plaintes. Il applique les Codes du Marketing de l'ICC, mais si une question n'est pas abordée par un code, il prend sa propre décision. Le MER est intégré à un système dans lequel l'essentiel du travail est réalisé par les corps sectoriels. Son rôle est de fournir une "guidance" et de clarifier ce que signifient de "bons standards commerciaux" lorsque cela n'a pas déjà été fait.

Dès lors le MER doit rendre des décisions de haute qualité ou des opinons qui s'appuient sur un raisonnement précis. Cet organisme gère approximativement 20 à 30 cas par an (sachant que le nombre de réclamations gérées par les systèmes d'autoréglementation dans l'ensemble de la Suède est estimé à plusieurs centaines et que l'"Ombudsman" des Consommateurs, l'institution de loin la plus connue, reçoit 4000 plaintes par an).

Dans le cadre du mécanisme de recours, il est utile de prévoir la collecte des données relatives aux litiges. Cette collecte est importante en tant que source précieuse d'information sur le marché concernant les origines et les causes des réclamations. Un code doit préciser les exigences sur la collecte des données, sur la gestion des plaintes au niveau d'une entreprise, d'une association professionnelle et du corps de réclamation, sur toutes les questions correspondantes. Cela peut être utilisé pour changer les pratiques entraînant des réclamations et pour alimenter les programmes de formation des employés.

D'aucuns, à l'instar de l'OFT, estiment que le mécanisme de recours doit avoir une force obligatoire, en ce sens que les membres de l'association professionnelle ne puissent pas refuser qu'une réclamation soit traitée comme prévue par le mécanisme si le consommateur le désire, et que les membres doivent accepter la décision rendue. L'administration britannique n'est pas satisfaite du fonctionnement des mécanismes actuels.[127]

[127] Le nombre d'utilisateurs des mécanismes de recours, prévus par les codes approuvés par l'OFT, est particulièrement bas en comparaison avec le degré d'insatisfaction des consommateurs.
Certaines associations de consommateurs recommandent plutôt d'utiliser les Tribunaux d'Instance, les considérant comme un moyen plus impartial et plus facile à utiliser.

Des moyens indépendants de résolution des litiges comme instruments d'un système transparent de réparation peuvent promouvoir la confiance et la loyauté des consommateurs, à la fois avec l'entreprise et avec le secteur. Des alternatives viables à l'action judiciaire peuvent résoudre des litiges apparemment insolubles et empêcher l'émergence de mauvaises pratiques. La sous-utilisation de ces mécanismes est cependant décevante et suggère que ces systèmes alternatifs de résolution des litiges ne sont pas considérés comme favorables aux consommateurs ou véritablement neutres.

L'exercice du recours doit aboutir au prononcé d'une sanction adaptée aux violations des normes douces.

§ 2 - Des sanctions réelles

Un mécanisme de recours dépourvu de sanctions est par nature voué à l'échec.

L'on peut distinguer trois types de sanctions : elles peuvent être d'ordre psychologique, financier ou judiciaire.

De plus, certaines associations professionnelles reconnaissent qu'elles détournent les plaignants de l'arbitrage, en raison du coût de ces mécanismes. Et l'OFT s'est rendu compte que certaines associations avaient recours à des règles qui limitaient potentiellement l'accès ou faisaient traîner la procédure.
De leur côté, les associations de consommateurs considèrent souvent ces mécanismes avec méfiance, craignant qu'ils servent avant tout à tirer d'affaire les commerçants, plutôt qu'à garantir un véritable recours indépendant. Or une réparation adéquate est essentielle à la réussite de l'instrument de normes douces. Non seulement c'est un remède aux griefs des plaignants, mais cela agit pour encourager une meilleure conduite des commerçants.

L'existence de sanctions est une condition essentielle pour que les normes douces soient efficaces. En l'absence de sanction, l'instrument de "soft law" apparaîtra essentiellement comme une forme d'éthique : les comportements "vertueux" seront consignés dans un document écrit, mais ils auront surtout vocation à servir de modèle de conduite non contraignant. L'entreprise qui adhère à ces normes risque de ne s'engager à les respecter que d'un point de vue moral.[128]

À l'inverse, l'existence de sanctions permet de donner une certaine force obligatoire à l'instrument de normes douces. Des sanctions importantes sur le plan commercial sont nécessaires pour que le code soit crédible et engendre la confiance des consommateurs. Le consommateur lésé doit obtenir réparation.

Quelle que soit leur nature, les sanctions prévues peuvent être particulièrement lourdes. Elles sont parfois plus sévères que celles instaurées par la réglementation étatique. Ainsi une violation grave d'un code de déontologie peut entraîner l'exclusion du secteur et l'interdiction d'exercer sa profession. De ce fait, les normes douces peuvent être considérées comme contraignantes.

Il faut souligner toutefois que la sévérité de la sanction n'est pas toujours élément le plus important. La rapidité et le caractère effectif d'une sanction même bénine sont souvent plus efficace. Un simple rappel à l'ordre est généralement suffisant pour les entreprises sérieuses.

Lorsque des sanctions sont prévues, il est nécessaire de mettre en place une graduation de celles-ci. Il convient d'utiliser toute une gamme, qui va du simple avertissement à l'exclusion définitive d'un membre d'une association professionnelle, en passant par des amendes et des suspensions temporaires. C'est précisément cette question des sanctions qui justifie la création d'un corps de contrôle indépendant. En effet, il va de soi qu'une association professionnelle en charge de l'application d'un code sera peu encline à recourir à de lourdes sanctions, en particulier s'il s'agit de prononcer l'exclusion de l'un de ses membres.[129]

---

[128] Le fonctionnement d'un système d'autoréglementation sans sanction a été étudié avec soin par deux professeurs américains sous forme d'un cas pratique.

[129] Andrew King, Michael Lenox, “ Industry Self-Regulation Without Sanctions : The Chemical Industry’s Responsible Care Program ”, article Academy of Management journal, 1999.

L’étude des professeurs King et Lenox confirme le point de vue qu’une “ autoréglementation efficace est difficile à maintenir sans sanctions explicites ”.
Ils rappellent deux points de vue de la doctrine en la matière :

La publicité des sanctions n'est pas toujours assurée, alors que cela peut se révéler utile, dans le cas des industries qui font l'objet de nombreuses réclamations. Cela rendrait le contrôle plus facile et augmenterait la notoriété du mécanisme auprès des consommateurs. Il en est plus particulièrement ainsi dans un marché compétitif. En Grande-Bretagne, le régulateur national des télécommunications, OFTEL[130] dispose d'une liste "name and shame" qui rend publics les noms de ceux qui font l'objet du plus grand nombre de réclamations de consommateurs. Il énumère le " top ten " des réclamations ainsi que les compagnies qui font l'objet de réclamations et les cinq compagnies qui sont les plus attaquées.

En Australie, la plupart des codes en vigueur établissent des sanctions pour encourager le respect du code.[131]

- Grief : Des sanctions explicites sont nécessaires pour dissuader les comportements opportunistes et les " free rieders " qui profitent des efforts des autres.
- Nash et Ehrenfeld : La nécessité de telles sanctions est exagérée. La structure institutionnelle de l'autoréglementation peut, en effet, contrôler le comportement des intéressés à travers des approches coercitives informelles, le transfert de normes, et la diffusion des meilleures pratiques.

Ils ont étudié un exemple d'autoréglementation sans sanctions organisé par l'association américaine de l'industrie chimique, le " Responsible du Care Program ".
Ils rappellent qu'il y a relativement peu de recheres dans ce domaine.
Le " Responsible Care Program " a été conçu en réaction à la dégradation de l'image de l'industrie chimique dans l'opinion américaine (de 1980 à 1990, l'opinion favorable des américains sur l'industrie chimique est passée de 30 à 14 % tandis que l'opinion défavorable passait de 40 à 58 % des personnes interrogées (CMA 1999).
Selon les professeurs KING et LENOX le programme de l'industrie chimique constitue une reconnaissance du fait que l'amélioration des performances de toutes les entreprises du secteur est essentielle pour son acceptation par le public, et en définitive pour son développement.
Un des risques soulignés par les professeurs KING et LENOX dans les systèmes qui ne sélectionnent pas leurs membres est de voir les brebis galeuses rejoindre le troupeau pour masquer leur mauvais comportement.
Les professeurs KING et LENOX rappellent la vision traditionnelle de la doctrine sur le pouvoir des :

Forces coercitives :
La publicité des mauvais comportements, la pression sociale permet de faire rentrer les brebis galeuses dans le rang.

[130] Source : entretien.

[131] Exemple : le code de conduite de l'association australienne des fabricants pharmaceutiques prévoient les sanctions suivantes :
- Des engagements par écrit à cesser ou modifier la pratique en cause ;
- des déclarations de rétractation par les membres ;
- des amendes ;
- une suspension ou une exclusion pour une certaine période.

En France, le code professionnel de la vente par correspondance[132] prévoit quatre types de sanctions :[133]

Cependant aucune publicité externe au Syndicat n'est donnée aux sanctions, sauf recommandation contraire du Bureau.

Le succès remarquable de certains codes s'explique en particulier grâce à l'existence de sanctions efficaces qui ont joué un rôle dissuasif. C'est le cas des codes britanniques des pratiques publicitaires et des ventes promotionnelles qui prévoient, à titre de sanction, un refus d'accès aux media. Les codes de l'association de marketing direct et du comité indépendant pour la supervision des standards des services d'information par téléphone prévoient également une fermeture de l'accès aux ressources clés : les fichiers clientèle et les "mailings" en nombre pour les premiers, et les installations téléphoniques pour les seconds.

Les *Ombudsmen* britanniques des banques et des Building Societies[134] peuvent, quant à eux, infliger dans leurs sentences une amende pouvant aller jusqu'à 100 000 £, lorsqu'il y a eu une faute du professionnel, jugée au regard des dispositions contenues dans le code.

Afin d'améliorer l'efficacité des sanctions, l'OFT rappelle que les procédures disciplinaires pourraient être renforcées, en rendant public le nom des membres qui violent les codes de conduite Cette sanction pourrait se limiter aux cas de violations répétées ou sérieuses.

---

[132] Cf. *Codes professionnels de vente par correspondance*, JCP.

[133] - L'avertissement ;
- le blâme ;
- le retrait temporaire de l'emblème (cet emblème sert à faire reconnaître les entreprises qui ont adhéré au Syndicat, et qui ont, de ce fait, accepté les règles du code) ;
- la proposition d'exclusion au Bureau du syndicat.

[134] Cf. Jean Hesbert, *Un code de bonne conduite pour les banques : l'exemple britannique*.

En Australie, cette pratique existe déjà : ainsi, le code de conduite de l'assurance générale prévoit, parmi les sanctions, la possibilité de désigner dans le rapport annuel un assureur qui aurait violé le code. Mais entre 1995, date d'entrée en vigueur du code, et 1998 seul un membre a été désigné de la sorte, dans le rapport annuel, par le Comité de Conformité au Code.

L'OFT rappelle toutefois que l'inconvénient d'une telle sanction est que les membres de l'association sont plus sévèrement traités que les non-membres.

Enfin, d'aucuns, à l'instar du gouvernement néo-zélandais, estiment que les membres d'une association doivent avoir le droit de faire appel des décisions et des sanctions, plus particulièrement lorsqu'elles incluent la suspension ou l'exclusion, ou si ces mesures peuvent affecter leur capacité à opérer dans l'industrie. Cet appel doit être effectué devant une personne ou corps qualifié et indépendant. Il vaut mieux éviter l'appel devant le corps de l'industrie pour ne pas donner l'impression que l'industrie agit dans le sens des intérêts de ses membres.

*
* *

Les recours et les sanctions instaurés par les instruments de normes douces sont destinés à en assurer l'efficacité réelle pour le consommateur. Ils ne doivent pas le priver de porter sa réclamation devant une juridiction étatique. Il serait illogique que les normes douces, conçues pour protéger le consommateur, abaissent le niveau de sa protection et ce serait contraire au constat selon lequel les normes douces complètent la loi mais ne la remplacent pas.

L'autorité désireuse de favoriser les normes douces pourra contribuer à l'amélioration des procédures en encourageant leur rapprochement des standards des juridictions étatiques ; sa connaissance de ces juridictions l'y aidera. Ainsi, des efforts pourraient être faits pour assurer la publicité des procédures ou la motivation des décisions.

Les procédures devraient tendre vers le respect des exigences que la Cour Européenne des Droits de l'Homme a dégagées sur la base de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. En effet, il est possible qu'un jour la Cour de Strasbourg voie, dans un organisme de règlement des litiges mis en place par une norme douce, un tribunal au sens de l'article 6 tant son interprétation de la notion de tribunal est extensive.

Ainsi, l'organisme de règlement des litiges serait soumis aux exigences du procès équitable. Cela permettrait de remédier aux deux plus importants défauts des procédures actuelles qui sont l'absence d'indépendance et de publicité.

Chacune des conditions qui viennent d'être étudiées constituent un maillon de la chaîne du succès des normes douces. Elles favorisent toutes le développement des normes douces, soit en tant que conditions préalables, soit en tant que méthodes de succès**. La vérification systématique des différentes conditions traitées apparaît comme la réflexion indispensable à tout projet dans le domaine des normes douces.** Celles-ci sont suffisamment fragiles pour ne pas faire l'économie de cette réflexion.

Le créateur des normes douces ne peut influencer son environnement mais en ce qui concerne la méthode, il peut faire les choses dans le respect des règles de l'art. Comme dans toute entreprise humaine, la différence viendra de l'enthousiasme des meneurs de jeu.

Quant à l'autorité publique, elle peut dans certains cas modifier les conditions préalables de succès des normes douces. Elle pourra organiser le secteur professionnel, subventionner les associations de consommateurs. D'une manière plus ambitieuse, l'autorité publique pourra modifier le cadre législatif pour le rendre plus accueillant à l'égard des normes douces. C'est ainsi que la loi portugaise fixe un cadre général pour les normes douces. La marge de manœuvre de la puissance publique est plus large en ce qui concerne la méthode qu'en ce qui concerne les conditions préalables des normes douces. Elle pourra mettre en œuvre toute une série de moyens. Tout d'abord elle peut encourager les normes douces par des déclarations favorables. Elle peut aller plus loin en fournissant aux associations les moyens utiles aux concepteurs de normes douces. Ces moyens peuvent être pédagogiques comme des guides ou matériels tels que des subventions ou le prêt de locaux. La contribution de l'autorité publique peut être encore plus active ; ce sera le cas lorsqu'elle anime les discussions et participe à l'élaboration des normes douces.

Enfin la participation peut être législative ou réglementaire. C'est ainsi que des structures propres aux normes douces pourront être crées et une définition des instruments de normes douces, donnée. L'intervention législative ou réglementaire permettra de fixer les règles d'élaboration et de fonctionnement des normes douces.

Evidement, suivant son inclination politique, l'intervention de l'autorité publique oscillera entre un caractère passif et un activisme forcené. Si l'autorité publique souhaite des normes douces vivantes, elle devra trouver la juste mesure dans le niveau d'intervention car, si l'Etat décide de tout, l'intérêt des normes douces devient limité, leur philosophie reposant sur l'idée que l'Etat ne peut pas tout faire.

Les efforts doivent donc porter prioritairement sur les méthodes des normes douces car c'est là que la marge de manoeuvre est la plus grande. Les efforts devront concerner les trois étapes de la méthode que sont l'élaboration, la surveillance et la sanction. En effet, ces trois étapes dépendent les unes des autres. Comment espérer des sanctions effectives si aucune surveillance n'est organisée ? Inversement, à quoi sert la surveillance s'il n'y a pas de sanctions ? Les trois étapes sont toutes indispensables car ce sont les trois composantes nécessaires de la norme : définition, application et sanction.

De même que le respect des facteurs de succès n'est pas garantie de succès, on peut réussir sans réunir tous les facteurs L'expérience démontre que certains systèmes réussissent malgré des conditions défavorables ou en insistant sur un facteur au détriment des autres. Certes, une liste des conditions et facteurs de succès serait utile aux concepteurs des normes douces. Elle leur éviterait d'avancer dans l'obscurité. Mais cela ne devrait pas les démotiver, en leur faisant croire que l'absence d'une des conditions est une certitude d'échec. De plus imposer un ensemble d'exigences immuables serait contraire à l'esprit de souplesse et d'adaptation qui anime les normes douces. Il est important de savoir qu'une norme douce peut s'éloigner du modèle idéal que nous avons dessiné et offrir une entière satisfaction. Nous essaierons d'ailleurs de montrer dans le chapitre suivant que des pratiques sont dignes d'intérêt même si elles ne remplissent pas toutes les conditions idéales.

CHAPITRE IV: EXEMPLES DE MEILLEURES PRATIQUES

Afin d'illustrer le fonctionnement de mécanismes efficaces de normes douces et souligner certains des facteurs et conditions de succès, nous proposons au lecteur une série de cas pratiques.

Il s'agit d'une sélection d'exemples très divers parmi les nombreux systèmes de normes douces que nous avons examinés lors de nos recherches.

Certains ont été choisis pour leur notoriété, d'autres pour leur originalité. Généralement il s'agit de systèmes complets, mais parfois le cas pratique illustre un facteur intéressant, bien que le système lui-même ne soit pas encore efficace.

Le plus souvent, nous nous fondons sur les documents et les commentaires disponibles ainsi que sur les entretiens menés par notre équipe En outre, pour deux cas pratiques (publicité et vente directe) nous avons procédé à une enquête comparative avec un questionnaire type afin d'essayer d'isoler les facteurs propres au secteur, des facteurs culturels et géographiques.

Les secteurs suivants sont examinés, au travers des exemples de plusieurs pays :

- Le secteur financier ;
- Le secteur de la Publicité ;
- Le secteur de la Vente Directe ;
- L'Internet ;
- Le secteur du voyage.

En outre, les mécanismes nationaux suivants sont analysés :

- BBB ;
- La construction résidentielle au Québec ;
- Les supermarchés en Australie ;
- L'industrie du Jus de Fruits en Australie ;
- La vente de véhicules neufs au Canada ;
- La vente de véhicules dans l'Ontario ;
- Les agents immobiliers dans l'Ontario.

Enfin, précisons que compte tenu de la longueur de certains cas pratiques, nous avons reporté une partie des développements les plus longs en annexe et placé ci-après un résumé des cas pratiques abordés.

Résumé

Le secteur financier contient de nombreux exemples de meilleures pratiques aussi bien dans le domaine de la banque, des marchés financiers, que de l'assurance. L'auto-discipline y existe depuis fort longtemps et a souvent précédé la réglementation étatique.

L'exemple canadien est intéressant dans la mesure où une législation a contraint les banques et autres établissements financiers sous juridiction fédérale à mettre en œuvre une politique de traitement de certains types de plaintes (celles qui portent sur les frais relatifs au compte de dépôt ou à la carte de crédit, de débit ou de paiement et sur la divulgation ou le mode de calcul des coûts d'emprunt). Ce secteur se caractérise par l'existence de multiples conflits entre professionnels et consommateurs et suscite l'insatisfaction de nombreux clients. Répondant à cet situation conflictuelle les grandes banques sont allées au-delà de ce qui était exigé par la loi en se dotant d'ombudsman internes. Il s'agit donc d'un bon exemple de soft law utilisée comme un complément de la loi.

Un Ombudsman bancaire canadien a également été mis en place quelque temps plus tard. Ce dernier bénéficie d'une bonne publicité. Son mode de désignation garantit son indépendance. Ses avis ne sont pas obligatoires, mais, dans les faits, ils sont respectés. En cas de non respect, l'Ombudsman a le pouvoir de rendre public le nom des contrevenants. En revanche, le système d'ombudsman interne des banques ne fonctionne pas très bien, son impartialité est mise en cause.

Les normes douces développées au Canada, dans le secteur de l'assurance semblent avoir donné satisfaction. Elles sont combinées avec une réglementation étatique et une situation concurrentielle. Elles sont élaborées en concertation avec les autorités régulatrices et elles remplissent les objectifs déterminés par les autorités. La flexibilité, élément qui caractérise les normes douces en général, est d'autant plus importante dans ce secteur qui est en pleine évolution.

En Australie, les pratiques de normes douces dans le secteur financier sont également très développées. Le bilan est également mitigé dans le domaine bancaire. Dans le secteur des assurances, il existe de nombreux mécanismes de normes douces, qui sont souvent rendues obligatoires par la loi. L'IEC (Insurance Enquiries and Complaints LTD) est l'organisme indépendant de résolution des litiges le plus important d'Australie. Initialement, le code de bonne pratique des assurances était volontaire. Puis, l'adhésion a été rendue obligatoire pour toutes les compagnies d'assurances généralistes. Il s'agit donc d'un exemple de co-réglementation. Ce code a permis d'obtenir des résultats plutôt positifs. Il réunit entre autres conditions essentielles une couverture totale de l'industrie, la motivation des professionnels, l'indépendance du mécanisme, des objectifs clairs, une révision périodique, l'éducation des consommateurs et des professionnels et la concertation.

En France il existe une Charte des services bancaires de base. L'objectif est d'offrir un service minimal au consommateur. Le service bancaire de base offre davantage de prestations que ce qui est prévu par la loi. C'est une illustration du rôle complémentaire que peut jouer la soft law par rapport à la loi. Les consommateurs ont été associés à l'élaboration de cette charte et l'ont grandement modifiée. Elle présente cependant deux faiblesses : elle ne prévoit pas d'instance de contrôle et ni de sanction en cas de non-respect. Certes la charte est inégalement respectée mais elle a tout de même permis d'apporter certaines améliorations.

Le système reste perfectible. Le climat des négociations entre banques et organisations de consommateurs est conflictuel comme le montre les discussions sur les chèques payants qui traînent en longueur.

Aux Pays-Bas, il existe des procédures d'ombudsman développées dans le secteur des assurances, et des commissions de litiges traitant les plaintes des consommateurs. L'ombudsman met en oeuvre des procédures de résolution des litiges qui sont rapides. Ses avis ne sont pas obligatoires, mais dans les faits ils disposent d'un grand poids auprès des assureurs, qui les respectent de manière quasi systématique. Sans disposer de la force contraignante de la loi, ce mécanisme a acquis une autorité de fait qui permet d'obtenir des résultats similaires.

Le secteur de la publicité offre les exemples les plus construits et développés de normes douces. Il bénéficie d'une grande notoriété et rayonnement.

Il se distingue par la réunion de plusieurs éléments distinctifs qui sont rarement réunis dans un même secteur :

- un code international reconnu et respecté, le code de la Chambre de Commerce Internationale sur la Publicité créé en 1937 ;
- des organismes d'autocontrôle clairement distincts des Fédérations professionnelles;
- un organisme européen dont l'une des missions est la promotion de autoréglementation, l'Alliance Européenne pour l'Ethique en Publicité ;
- un mécanisme international de règlement des litiges ;
- une large couverture géographique, pour la seule Europe une vingtaine de pays sont représentés dans l'Alliance ;

L’Internet donne lieu à des expériences foisonnantes en matière de normes douces. Il ne s'agit pas à proprement parler d'exemples de meilleures pratiques. En effet les résultats sont pour l'instant assez décevant. Le secteur vaut surtout pour l’enthousiasme en faveur des normes douces et la richesse du débat qu’elles suscitent .

L'expérience dans ce secteur est riche d'enseignements. Il y existe de forts a priori, d'ordre quasi-idéologique, en faveur de la soft law. L'idée que la réglementation classique est incapable de faire face aux difficultés rencontrées rencontre un écho très favorable. De fait, il existe un vide législatif, que les professionnels entendent combler par des normes privées. C'est également la parfaite illustration de ce qui se produit dans un secteur nouveau : les professionnels développent des instruments de normes douces destinés à rassurer les consommateurs, en vue de ne pas compromettre le développement du secteur. Il existe une pléthore de codes, ce qui risque de faire naître une certaine confusion chez les consommateurs.

La question des normes douces dans le secteur de l'Internet reste controversée. Le développement de ce type de norme est basé sur le refus de l’intervention de l’État et la crainte de la censure. Le débat est relativement confus : les normes douces sont quasiment considérées comme la panacée avant même que les objectifs à atteindre aient été préalablement déterminés.

L’attrait des normes douces dans ce secteur s’explique par l’existence d’un vide législatif. Les lois existantes sont trop générales ; il est donc nécessaire de promouvoir des nouvelles réglementations. Or, les professionnels du secteur se présentent comme mieux à même que l’État de définir ces réglementations, car ils en connaissent mieux les évolutions technologiques. L’Union européenne a elle-même préconisé le recours aux normes douces dans sa directive sur le commerce électronique du 5 février 1999.

Cette vitalité des normes douces dans ce secteur s’est traduite concrètement par des codes de déontologie, la labelisation, les logiciels de filtrage et un mécanisme d’arbitrage en ligne (l’e-resolution). Les codes ont pour objet de rassurer les consommateurs et de protéger la personne humaine car ce secteur présente par nature des potentialités d’atteinte aux libertés fondamentales. Toutefois, la profusion de codes qui existent dans ce secteur conduit à douter de leur efficacité réelle. Un certain nombre d’entre eux semble essentiellement à vocation publicitaire.

Le secteur de la vente directe comporte des mécanismes de normes douces moins connus que ceux de la publicité.

Ceux-ci comportent des originalités qui méritent d'être soulignées.

Le secteur qui n'a pas toujours bonne réputation, du fait des excès de vendeurs importuns et de la vente pyramidale, a fourni un important effort d'organisation et de moralisation. La réflexion en matière de norme douce est très active. Certaines des normes douces élaborées (délai de réflexion, dispositif anti-vente pyramidale) ont d'ailleurs été reprises par la législation nationale ou européenne.

Le code de la vente directe comporte même un effet extra-territorial original.

L'application du code européen est plus ou moins poussée suivant les pays mais les codes nationaux les plus évolués intègrent les enseignements des meilleures pratiques. Le secteur paraît très désireux de dialoguer avec les pouvoirs publics et pourrait être un terrain intéressant de développement consensuel de normes douces.

Le secteur du bâtiment est rarement celui des meilleures pratiques en matière de normes douces.

Le mécanisme québécois de plans de garantie volontaire en matière de construction résidentielle mérite d'être cité parce qu'il intervient dans un secteur que les normes douces ont beaucoup de mal à pénétrer.

Au Québec, comme ailleurs, la construction résidentielle a donné lieu à de nombreuses plaintes et a été frappée d'un certain discrédit. C'est l'exemple type du "secteur à problème".

Le système mis en place a pour objet principal d'offrir une assurance construction permettant au client d'avoir l'assurance que sa maison sera construite et réparée le cas échéant même en cas de défaillance de l'entreprise.

D'une autoréglementation pure au départ, le système s'est transformé en co-réglementation, ce qui a permis de résoudre certains problèmes d'indépendance. L'exemple du Québec est significatif de ce qui peut être fait avec un minimum de volonté des professionnels et des pouvoirs publics.

Le secteur des agents de voyage semble avoir atteint une certaine maturité et a réussi à mettre en place des mécanismes qui fonctionnent bien dans des pays aussi différents que la Belgique et la Grande-Bretagne. Les deux instruments qui fonctionnent le mieux sont la résolution des litiges et le contrat type.

Le Better Business Bureau existe principalement aux Etats-Unis.

C’est un organisme très original puisqu'il fonctionne comme une agence de protection des consommateurs tout en étant une émanation des entreprises qui y adhèrent. Il ressemble en cela aux organismes de contrôle de la publicité, mais il a une portée multisectorielle. Le conseil du Better Business Bureau (BBB) est une organisation nationale qui cherche à promouvoir les pratiques commerciales éthiques dans toutes les industries orientées vers les consommateurs. La fonction primordiale du BBB est de fournir aux consommateurs des informations sur les entreprises de manière à ce qu'ils fassent des choix éclairés et de motiver les entreprises pour qu’elles respectent des standards de qualité . Le BBB conserve un fichier des réclamations qui lui permet d'établir une sorte de "casier judiciaire" de l'entreprise. Tout consommateur peut se procurer un "reliability report" sur l'entreprise et donc savoir à quel genre d'entreprise il a à faire.

L'un des traits les plus remarquables du BBB est sa notoriété. Le BBB a une notoriété proche (voire supérieure) de celle des organisations de consommateurs les plus connues .

Le BBB a également mis au point un mécanisme de résolution des litiges. La motivation des entreprises qui adhèrent au BBB réside dans le souci d'éviter l'intervention de l'administration et de disposer à moindre coût d'une solution alternative, à une procédure judiciaire ou administrative. Une motivation supplémentaire réside dans le fait que le BBB publie des mises en garde aux consommateurs sur les entreprises qui ne se conforment pas à ses directives et recommandations. La crainte de passer pour une entreprise pas sérieuse joue un rôle non négligeable dans l'adhésion. L'adhésion donne une crédibilité à l'entreprise aux yeux des consommateurs.

L'exemple du code mis en place par les supermarchés australiens illustre les mérites de la simplicité. Il s'agissait en l'occurrence de rassurer le consommateur sur le fonctionnement des caisses informatisées utilisant les "codes-barres" des produits. Des objectifs précis, des règles simples et faciles à comprendre (gratuité en cas d'erreur) et l'absence d'organisation bureaucratique ont fait le succès de ce mécanisme.

Quant à l'exemple de l'industrie du jus de fruit, il illustre l'efficacité de l'auto-surveillance. En faisant régulièrement tester le contenu des jus de fruit par un laboratoire indépendant et en faisant pression sur les contrevenants, le mécanisme a obtenu une baisse très sensible des affirmations mensongères sur la qualité des jus de fruit et une augmentation de la qualité. Par ailleurs le mécanisme dénonce les entreprises récidivistes aux pouvoirs publics, illustrant bien la nécessaire complémentarité entre normes douces et autorité publique.

Enfin, au Canada, il existe un exemple autoréglementation et deux exemples de co-réglementation particulièrement significatifs. Le premier concerne un mécanisme d’arbitrage pour les véhicules automobiles. L’objectif est de renforcer la confiance des consommateurs dans les vendeurs de véhicules. Les vendeurs adhérant au programme sont liés par une convention d’arbitrage. Ce mécanisme permet un recours moins coûteux et plus rapide que devant la justice traditionnelle.

Les deux systèmes de co-réglementation (agents de voyages, et agents immobiliers) fonctionnent de la manière suivante : une législation est tout d'abord promulguée. L'application de la loi, qui est normalement du ressort du gouvernement, est déléguée à des organismes privés. L'Etat conserve un pouvoir de contrôle en demandant qu'un rapport lui soit transmis périodiquement. L'organisme privé édicte le plus souvent un code d'éthique. Il est composé majoritairement de professionnels, mais comporte des représentants des consommateurs et de l'administration.

SECTION - I- LE SECTEUR DES SERVICES FINANCIERS ET DE L'ASSURANCE

Ce secteur pratique les normes douces depuis la nuit des temps. Les premières bourses de commerce, les premiers marchés financiers ont été à l'origine et pour certains sont encore des mécanismes d'autoréglementation. L'un des premiers soucis des professionnels a été d'assurer l'autodiscipline des marchés, la protection des autres professionnels et du public contre les opérateurs indélicats.[135]

On peut en donner trois exemples

- Les Maghribi (commerçants juifs du 10ème siècle) avait développé en Orient un système d'information et d'autodiscipline très efficace. L'exclusion du réseau était une sanction suffisante pour assurer un comportement honnête de la part des membres et de leurs agents.
- En Europe, dès le 11ème siècle, l'essor de la Lex Mercatoria a favorisé une auto-réglementation des commerçants. Ils ont constitué leurs propres juridictions dont les décisions étaient acceptées sous peine d'ostracisme. Cette sanction ultime assurait une efficacité importante au système ;
- La chambre de commerce de Tokyo fonctionne selon un accord de 1894 qui permet d'éviter les incidents de paiement en prévoyant la suspension des émetteurs de lettre de change impayées. Ce système fonctionne sans intervention de l'Etat.

[135] Frank G. Zarb, " The Future of Self-Regulation ", Discours à l'Assemblée annuelle de l'Association du marché Obligatoire.
" L'autoréglementation est au cœur de l'activité d'agent de change ".

Dans les Codes de bonne conduite et les codes d'éthiques sont innombrables dans le secteur des services financiers. Ils sont généralement unilatéraux, les représentant des consommateurs ne participent pas à leur élaboration, et leur efficacité est difficile à déterminer.

Les mécanismes d'autodiscipline et de régulation des marchés sont essentiels pour le secteur financier. Ils peuvent être autonomes ou placés sous la houlette d'un régulateur de type Securities and Exchange Commission (Etats-Unis).

Si l'on en croit deux économistes de la Banque Mondiale, l'autoréglementation peut favoriser les comportements honnêtes et prudents dans le secteur financier. Dans ce secteur, en particulier, les agents ont un intérêt à l'établissement de liens sur le long terme favorable à la mise en place d'un système d'autodiscipline.

De nombreux exemples d'autoréglementation existent, du plus simple au plus compliqué. Des organismes d'autoréglementation existe dans les domaines des paiements, des compensations, des marchés de dépôts interbancaires, dans la gestion des titres, dans les marchés boursiers, dans le prêt sur titres, assurance départ, et les systèmes d'informations.

La sanction la plus importante est la suspension ou l'exclusion du système.

Cette sanction est efficace, car elle entraîne le plus souvent la cessation de l'activité commerciale pour le contrevenant.

Les problèmes typiques de l'autoréglementation dans le domaine financier sont :

- le risque de création d'un cartel ;

- les tensions entre acteurs et organismes d'autoréglementation qui peuvent décourager l'entrée sur le marché, ou entamer la confiance du consommateur ;

- le manque de ressources qui peuvent réduire la qualité du contrôle ;

- le manque d'institutions homogènes qui peut affecter l'équilibre de l'organisme d'autoréglementation ;

- la concurrence limitée qui empêche l'organisme à lui seul d'assurer l'organisation de marchés sûrs et efficaces.

Un certain encadrement des organismes d'autoréglementation O.A.R est souvent jugé nécessaire.[136]

Les trois instruments les plus répandus dans ce secteur sont les codes de bonne conduite, les mécanismes d'autodiscipline et de régulation des marchés, et les organismes de règlement des litiges.

C'est le troisième instrument qui paraît le plus intéressant du point de vus de la promotion des meilleures pratiques en matière de normes douces. Il prend généralement la forme d'un ombudsman ou médiateur.

Un grand nombre de pays européens en possèdent un pour le secteur bancaire (Belgique, Grande-Bretagne, Allemagne, Grèce, Suisse, Italie, Irlande). C'est également le cas en Australie et au Canada (voir ci-après). Dans les pays scandinaves, c'est une commission administrative des réclamations des consommateurs qui reçoit, au sein d'une subdivision consacrée au service financier, les plaintes des clients des banques.

Aux Pays-Bas c'est une commission paritaire (voir ci-après). L'Espagne s'en remet au service des réclamations de la banque centrale. Seul trois pays (Autriche, Portugal, France) n'ont pas de mécanisme propre au secteur bancaire.

Le cas de la France représente une lacune significative en matière de normes douces bancaires d'autant plus qu'il n'existe même pas de mécanisme général de médiation ou de règlement des litiges. Les consommateurs doivent se contenter d'une charte des services bancaires (voir ci-après).

La diffusion de l'institution de l'ombudsman à travers l'Europe dans des pays de culture très différente montre qu'il s'agit d'un instrument qui de bonne réputation et qui généralement est considéré comme efficace.

---

[136] L'OSCO (Organisation International des valeurs mobilières) a énoncé des principes pour une gestion saine et efficace par les OAR.
Les autorités publiques doivent :
- s'assurer que les règles des OAR sont équitables et fondées sur des principes de stabilité et d'efficacité,
- protéger la libre concurrence et s'assurer que les systèmes d'information, de contrôle, et de sanction des OAR sont compatibles avec celle-ci,
- contrôler les critères d'admission et de sanction des OAR et éliminer les procédures discriminatoires et inéquitables,
- faire en sorte que les règles et activités des OAR ne nuisent pas aux petits participants et aux consommateurs,
- s'assurer que les membres, cadres et actionnaires des OAR bénéficient de motivations suffisantes,
- s'assurer que les membres ont pleinement conscience des risques de leur activité, et que leur capacité de gestion du risque est suffisante pour rendre leur système robuste et résistant face aux chocs financiers et opérationnels de grande amplitude.

Il y a parfois des critiques dans tel ou tel pays sur l'indépendance de l'ombudsman, sa timidité ou l'étroitesse de sa compétence (par exemple, critiques de Test - Achats en Belgique) mais dès sa mise en fonctionnement l'institution apporte un réel service aux consommateurs.

Rapidité du traitement des dossiers, facilités d'accès et souci d'équité sont le plus souvent les avantages de cet instrument qui offre des avantage indéniables par rapport aux juridictions étatiques.

Sans rentrer dans le détail du fonctionnement de chaque ombudsman national, il paraît intéressant de donner les principales caractéristiques de l'un d'entre eux (Irlande) et quelques illustrations résumées de cas d'espèce.

SOUS-SECTION - 1 Irlande

L'ombudsman des instituions irlandaises de crédit existe depuis 10 ans. Ce mécanisme d'autoréglementation, créé par les banques, comporte un ombudsman indépendant nommé par un conseil, lui-même composé en majorité de personnalités indépendantes. L'ombudsman dispose d'un budget conséquent, 350.000 Livres environ, et est connu du grand public puisqu'il reçoit de l'ordre de 1.500 plaintes par an. L'accès aux services de l'ombudsman est simple et gratuit. L'ombudsman publie un rapport annuel qui contient des exemples de décisions[137].

Le traitement des dossiers est relativement rapide de l'ordre de 3 à 4 mois en moyenne et le consommateur reçoit un accusé de réception dans les 48 heures.

L'ombudsman peut allouer des dommages et intérêts (dans la limite de 30.000 £) et ne manque pas d'user de ce pouvoir le cas échéant.

Ses décisions s'imposent aux banques, mais n'empêchent pas les consommateurs de saisir les tribunaux s'ils estiment n'avoir pas obtenu satisfaction.

[137] The Omudsman for credit institutions, Rapport annuel 1989, Dublin

L'examen de quelques décision de l'ombudsman montre que le consommateur obtient satisfaction dans les situations où la stricte application du droit aurait conduit une juridiction étatique ordinaire à rejeter leur demande. Elles paraissent souvent plus favorables que celles qui pourraient être rendues par les juridictions étatiques de nombre de pays européens.

- Un employé de banque promet verbalement d'obtenir une réduction du montant d'une pénalité de remboursement anticipé d'un prêt.

Quelques jours plus tard, la réduction est refusée.

L'ombudsman oblige la banque à accorder la réduction.

- Un consommateur se voit refuser un crédit du fait d'un mention erronée dans son dossier à l'Irish Credit Bureau.

L'ombudsman lui alloue 2.500 Livres en réparation du préjudice subi.

- Deux frères se voient accordés chacun un prêt aux caractéristiques similaires dans deux établissements distincts de la même banque, mais à des taux d'intérêt différents.

L'ombudsman a alloué le remboursement de la différence de coût et des dommages et intérêts au frère lésé.

Pour donner une impression de l'importance du développement géographique des normes douces, nous proposons au lecteur d’observer les exemples de pratiques les plus significatives dans quatre pays très différents, dans le domaine des marchés financiers, de la banque et de l’assurance.

§ 1 - Services Financiers

1.1 - Les difficultés du secteur des services financiers

Le secteur des services financiers génère lui aussi son lot de conflits impliquant une institution financière et un client, qu'il s'agisse d'une PME (petite ou moyenne entreprise) ou d'une personne physique. [138]

Il révèle que 11,6 % des répondants, des consommateurs québécois possédant un compte dans une banque, une caisse populaire ou une société de fiducie, ont déjà déposé une plainte auprès de leur institution ou signalé à cette dernière un problème qu'ils estimaient important.

Quant à la nature de la plainte ou du problème, elle varie énormément, bien que la palme aille à la qualité du service. 44 % des plaignants, soit 44 % des 11,6 % qui ont formulé une plainte ou souligné l'existence d'un problème majeur, ont dit ne pas avoir vu leur problème réglé, tandis que 8 % des plaignants affirment ne pas être satisfaits du résultat du traitement de leur plainte. L'insatisfaction ressentie par bon nombre de consommateurs se voit confirmée par une enquête téléphonique effectuée la même année par le même organisme. [139]

Elle dévoile que 20 % des préposés ne sont pas en mesure de résoudre un problème de double retrait effectué par carte de débit et que 70 % des préposés ignorent qu'un débit pré autorisé non autorisé doit être remboursé au client[140]. Ces chiffres démontrent que le personnel des institutions financières connaît mal les règles applicables aux problèmes que les consommateurs leur soumettent.

---

[138] Le sondage CROP, réalisé pour le compte de l'ACEF (Association coopérative de l'Économie Familiale) en 1994, auprès de 1003 répondants. Un sondage effectué au Québec apporte à cette affirmation une dimension concrète.

[139] Cette enquête a été réalisée auprès de 153 points de service d'institutions financières de Montréal, de Toronto et de Vancouver.

[140] Association coopérative d'économie familiale du Centre de Montréal, *L'"Ombudsman" des banques : un instrument pour s'accorder* (Rapport présenté au ministre de l'Industrie du Canada), Québec, 1995.

1.2 - Les mécanismes de normes douces

Ils s'articulent autour de trois axes:

- Les modèles de codes ;
- L'ombudsman canadien des banques ;
- Les *ombudsmen* internes des banques.

L'association des banquiers canadiens a élaboré un certain nombre de modèles de codes qui doivent inspirer le code de conduite de chaque banque.

Elle a également créé un ombudsman bancaire canadien, tandis que ses membres créaient des *ombudsmen* internes.

L'ombudsman national, après quelques améliorations, dispose d'une bonne visibilité et est indépendant. La majorité de son conseil d'administration est composée de personnalités indépendantes. Il intervient après épuisement des mécanismes de recours internes à chaque banque. Ses avis sont respectés.

En revanche, les *ombudsmen* internes sont peu visibles et s'agissant d'employés des banques relativement peu crédibles. Cette image négative ternit injustement la réputation de l'ombudsman national.

L'ensemble des différents mécanismes canadiens est décrit en annexe.

§ 2 - Assurances

Dans le domaine de l'assurance, il existe également une activité prolifique en matière d'autoréglementation, particulièrement forte dans le secteur de l'assurance-vie.

Selon l'association canadienne de l'assurance vie (CLHIA), le système canadien de régulation du secteur de l'assurance qui combine réglementation étatique, concurrence et autoréglementation, est très efficace. L'autoréglementation y serait *"vigoureuse et en bonne santé". "Les initiatives en matière d'autoréglementation, développées après consultation des autorités régulatrices, non seulement soutiennent les objectifs des autorités, mais permettent une plus grande flexibilité pour répondre à un environnement en pleine évolution".*

En matière d'autoréglementation, dans le secteur de l'assurance vie, existent de nombreux textes. Les membres du CLHIA doivent appliquer un code de conduite, le "Consumer Code of Ethics For Member Companies". De plus le CLHIA a mis au point une cinquantaine de directives, notamment sur :

- le respect de la vie privée et la confidentialité des informations données par les souscripteurs ;
- Le discours de vente et les brochures, l'information à donner (sur les lieux de vente) ;
- Le SIDA ;
- La coordination des polices lorsque le souscripteur en possède plusieurs ;
- L'assurance de groupe des créanciers ;
- La procédure de réclamation.

Le code de conduite est un texte court qui pose un certain nombre de principes, à respecter par les assureurs membres du CLHIA[141].

Pour le CLHIA, l'autoréglementation complète et renforce la réglementation. Il donne l'exemple de sa directive sur l'assurance groupe de créanciers. Ces préconisations, développées en consultation avec les pouvoirs publics, prévoient un certain nombre d'éléments clés dont le souscripteur doit être informé et qui précisent clairement les obligations de l'assureur. Cette norme douce a été reprise par les autorités provinciales comme une norme de conduite. Un régulateur provincial a même considéré qu'il s'agissait là d'une "generally accepted business practice".

---

[141] · **To engage** in keen, fair competition so that the public can obtain the products and services it needs at reasonable prices;
· **To advertise** products and services clearly and straightforwardly, and to avoid practices that might mislead or deceive ;
· **To ensure** that illustrations of prices, values and benefits are clear and fair, and contain appropriate disclosure of amounts that are not guaranteed ;
· **To write** all contracts in clear, direct language without unreasonable restrictions ;
· **To use** underwriting techniques that are sound and fair ;
· **To pay** all valid claims fairly and promptly and without unreasonable requirements ;
· **To ensure** competent and courteous sales and services ;
· **To respect** the privacy of individuals by using personal information only for the purposes authorized and not revealing it to any unauthorized person.

Les pratiques qui ne seraient pas conformes à cette "meilleure pratique" pourraient être considérées comme contraires à l'intérêt public pour les autorités judiciaires.

SOUS-SECTION - 3 Australie

§ 1 - Services Financiers

Dans le secteur des services financiers, il existe de nombreux mécanismes de règlements des litiges :

- Australian Banking Industry “Ombudsman” ;
- Insurance Enquiries and Complaints ;
- Insurance Brokers Dispute Facility ;
- Credit Union Dispute Reference Center ;
- Financial Industry Complaints Service.

L'ASIC (Australian Securities and Investments Commission) met en garde contre la prolifération des mécanismes.

La solution logique semblerait de mettre en place un mécanisme centralisateur. Pourtant cela n’est pas forcément la solution la plus facile. A la suite d'une enquête (Financial System Inquiry) en 1997, une recommandation en faveur de la création d'un service de centralisation des réclamations a été formulée. Une structure (Financial Complaints Referral Centre) a été mise en place en 1998.

Cependant dès le départ elle a fait l'objet de critiques. Certains craignent qu'elle puisse nuire aux efforts de promotion des autres mécanismes et les priver de ressources financières. Le bilan de la nouvelle structure est mitigé. L'ASIC a hésité à la maintenir en fonctionnement. Elle vient d'être fermée. Elle recevait en effet environ dix fois moins d'appels de consommateurs que, par exemple, l'“Ombudsman” des banques.

L'ASIC pense qu'il y a encore beaucoup à faire pour promouvoir auprès du public les mécanismes de règlements des litiges[142]. Elle remarque que les plaignants sont le plus souvent issus des milieux les plus favorisés et des grandes villes. Elle préconise une communication plus large.

[142] C'est également l'avis des organisations de consommateurs qui se plaignent d'une déperdition des réclamations.

L'ASIC souligne que le dialogue industrie/consommateurs /Administration a été très bénéfique pour plusieurs mécanismes d'autoréglementation, comme par exemple, le mécanisme de règlement des litiges dans le secteur de l'assurance. L'ASIC pense qu'il peut être opportun pour les professionnels et /ou l'autorité régulatrice d'aider financièrement les organisations de consommateurs pour leur permettre de mieux participer aux mécanismes d'autoréglementation.

§ 2 - Assurances

Dans le domaine de l’assurance, l’autoréglementation est très pratiquée et souvent obligatoire.

Par exemple, la loi oblige les courtiers en assurance à participer à un code approuvé par l'autorité régulatrice des services financiers (Code de Pratique des Courtiers en Assurance, Organisme de Règlement des Litiges des Courtiers d'Assurance).

IEC (Insurance Enquiries and Comptaints LTD) est l'organisme indépendant de résolution des litiges le plus important d'Australie. Il comprend deux services, l'un répond aux interrogations des consommateurs (56.000 personnes par an) ; l'autre règle les litiges (Claims Review Panel). Le Panel est présidé par une personnalité indépendante assistée de deux assesseurs représentant l'un les assureurs, l'autre les associations de consommateurs. IEC coopère avec les autres organismes de règlement des litiges (ligne téléphonique directe) et leur transmet les dossiers qui ne sont pas de sa compétence. Le code et le mécanisme de règlement des litiges font l'objet de révisions périodiques. L'IEC est financé par une contribution des assureurs et un honoraire par dossier. L'accès est gratuit pour les assurés, mais payant pour les tiers.

Lorsque le code de bonnes pratiques des assurances a été lancé en 1995, c’était un code volontaire. Depuis 1997 l’adhésion est obligatoire pour toutes les compagnies d’assurances généralistes.

L’ICA (Insurance Council of Australia), organisation professionnelle, considère qu’en général le code, après une certaine hostilité au départ, est respecté par la plupart des associations de

consommateurs. Mais ces associations continuent à croire qu'une forte implication de la puissance publique est nécessaire.

L'ICA pense que ce point de vue est le résultat d'une méconnaissance du rôle et de l'objet des codes. Contrairement aux professionnels ces associations de consommateurs pensent que le code est un accord contractuel entre consommateurs et industrie.

L'ICA détaille les raisons du succès du code, dans le domaine de l'assurance :

- conception et financement par les professionnels du secteur ;
- engagement des professionnels et de la principale organisation de consommateurs ;
- code conçu pour améliorer le service à la clientèle et réduire les sources de conflits ;
- couverture totale de l'industrie ;
- conseil d'administration indépendant avec un président indépendant mais une représentation de tous les intérêts ;
- calendrier et objectifs clairs ;
- révision périodique des objectifs ;
- utilisation de la technologie ;
- éducation des consommateurs et des entreprises à travers des programmes, séminaires, un rapport annuel et la rédaction de décisions motivées ;
- liaison effective avec la principale organisation professionnelle représentative, les représentants des consommateurs et de l'administration ;
- approche non-juridique de la résolution des litiges ;
- un service d'information et de conseil existant en parallèle avec un mécanisme de résolution des litiges ;
- une approche neuve mettant l'accent sur la combinaison de la productivité et la qualité de service ;

- adhésion aux principes fondamentaux des méthodes alternatives de résolution des conflits :
- rapidité, efficacité économique ;
- décisions contraignantes pour les entreprises uniquement ;
- équitable et raisonnable ;
- gratuité pour les assurés ;
- coût raisonnable pour l'industrie ;
- acceptation par l'industrie de la nécessité d'améliorer les choses ;
- utilisation de représentants expérimentés des consommateurs et de l'industrie connaissant bien le secteur.

SOUS-SECTION - 4 **France**

L'impact des normes douces dans le secteur financier est relativement limité en France.

L'Association française des Banques[143] a adopté la Charte des services bancaires de base. Le but poursuivi est d'éviter de congédier brutalement les clients non rentables ou indésirables en leur proposant un service réduit. (Une charte similaire existe en Belgique).

La garantie d'un service bancaire de base offre davantage de prestations que le simple droit au compte, qui est fondé sur une loi. Le projet des banques a été sérieusement amendé en Comité des usagers, notamment sous la pression de l'Union Française des Consommateurs. La Charte définit les produits d'accès universel et énonce quelques principes intangibles.

L'offre doit comprendre au minimum une carte de retrait, la possibilité de procéder à des paiements à distance (virements, prélèvements), des relevés d'identité bancaire et des formules de chèques La délivrance de chèques reste à la discrétion de la banque, qui est seulement tenue de réexaminer périodiquement la situation des clients privés de chéquiers.

[143] Cf. Catherine Maus, *Services bancaires de base. Des progrès, mais peut mieux faire*.

Ce dernier point a été critiqué par les organisations de consommateurs, ainsi que la possibilité que conserve une banque de clôturer un compte à sa convenance, en l'absence de toute faute commise par le client et sans avoir à fournir de motifs.

Une autre faiblesse de cette Charte réside dans le fait qu'aucune instance n'a été créée pour contrôler son respect. De surcroît, aucune sanction n'a été prévue contre les banques qui ne respecteraient pas la Charte. Il s'agit pourtant de deux aspects essentiels, qui constituent des critères d'efficacité de normes douces.

Dans les faits, la Charte des services bancaires de base est inégalement respectée. On peut classer les établissements en trois groupes. Le premier comprend les banques qui n'ont absolument rien changé à leurs comportements. Elles se sont simplement engagées à considérer d'un œil favorable toutes les demandes d'ouverture de compte. Les banques qui affichent une préférence pour une clientèle haute gamme ne respectent pas la charte.

Le second groupe est constitué par les banques dont les nouvelles conventions de compte en cours intègrent plus ou moins l'offre de base Le troisième groupe a choisi de faire la promotion de la charte, en l'améliorant de manière substantielle sur certains points.

Ainsi, la Poste s'engage par contrat à délivrer des formules de chèque (et éventuellement une carte de paiement) si le compte, à l'issue d'un délai de trois mois, est approvisionné de façon régulière et s'il fonctionne dans de bonnes conditions. Si l'on met de côté les banques visant une clientèle privilégiée, 50 % des établissements respecte la Charte. L'UFC (organisation française de consommateurs) juge ce résultat insuffisant, mais reconnaît que cette Charte a entraîné des améliorations par rapport à la situation antérieure. De plus, elle a favorisé une prise de conscience des banquiers.

SOUS-SECTION - 5 **Pays-Bas**

§ 1 - Introduction

Le secteur financier déjà fortement organisé au niveau interne connaît également le contrôle étatique en raison de l’intérêt des autorités pour ce secteur essentiel à l’économie nationale.

Les activités financières donnent lieu à un nombre croissant de plaintes. Il fallait trouver une façon de résoudre les litiges engendrés par des fautes réelles ou supposées. Aux Pays-Bas, les commissions de litiges occupent une place centrale dans le traitement des litiges de la consommation. Dans le secteur des assurances, les plaintes sont traitées par des *ombudsmen*.

Les modes alternatifs de règlement des litiges ne sont pas encadrés par la réglementation étatique. Comme dans les autres secteurs, les instances de conciliation ont été créées par les professionnels, parfois en collaboration avec les associations de consommateurs.

Parallèlement aux procédures d'*Ombudsman* développées dans le secteur des assurances, il existe des commissions de litiges traitant les plaintes des consommateurs. Les commissions ne négocient pas mais résolvent les litiges C'est l'alternative la plus importante au règlement des litiges par le juge étatique. Quatre commissions qui seront présentées en annexe interviennent dans le secteur financier.

Nous développons ici uniquement les procédures d'ombudsman.

§2 - Les procédures d'*Ombudsman*

Tous les *Ombudsmen* néerlandais ont été institués sur une initiative du secteur professionnel concerné. C'est dans les domaines de l'assurance vie et de l'assurance sur les dommages que les *Ombudsmen* traitent le plus grand nombre de plaintes. Les *Ombudsmen* reçoivent beaucoup plus de plaintes que les commissions de litiges et le nombre de plaintes va croissant.

L'*Ombudsman* pour l'assurance vie doit collecter, en toute indépendance, des informations sur les assurances vie et traiter les plaintes concernant la formation et l'exécution des contrats d'assurance vie aux Pays-Bas Ces plaintes peuvent émaner des particuliers et des concurrents. L'*Ombudsman* reçoit également des plaintes de l'assureur et de l'assureur de la partie adverse. Le lien avec le secteur professionnel est fort. L'*Ombudsman* pour l'assurance vie est nommé pour une période indéterminée par le *Nederlandse Verening Levenskering* (organisation professionnelle du secteur) et il est rémunéré par les professionnels. La procédure est gratuite.

L'*Ombudsman* traite les plaintes dirigées contre les assureurs membres du *Nederlandse Verening Levenskering* (Organisation professionnelle du secteur). Il instruit également les plaintes dirigées contre les non adhérents s'ils acceptent son autorité.

L'*Ombudsman* estime que son devoir va au-delà de la résolution des litiges individuels et pense qu'il contribue à l'amélioration de la qualité des services des assureurs.

Il n'est pas seulement un organisme disciplinaire, mais résout également les litiges individuels. Quand une plainte est introduite, l'" Ombudsman" ou un de ses secrétaires essaie de concilier les parties. L'" Ombudsman" pour les assurances vie indique qu'il prend parti pour le demandeur en raison de sa position de faiblesse. Il recherche toutes les irrégularités et n'examine pas seulement les points litigieux soumis par le plaignant. Sa tâche principale est de concilier les parties.

La plupart des litiges trouvent une solution. L'*Ombudsman* n'instruit pas les litiges où des avocats sont déjà intervenus car, dans ce cas, les chances de conciliation sont faibles En revanche, les commissions de litiges acceptent la présence des avocats. L'*Ombudsman* ne peut instruire un différend introduit devant un magistrat.

Il n'y a pas d'audiences et les procédures sont secrètes. L'" Ombudsman" doit garder secrète l'identité des parties. Aussi, le résultat de la procédure n'est pas public.

Les procédures sont rapides. En 1995 et 1996, leur durée moyenne était de trois mois.

Les *Ombudsmen* ont des méthodes d'interprétation très extensives. L'*Ombudsman* pour l'assurance vie statue selon l'équité, la prudence et les pratiques professionnelles. L'*Ombudsman* peut demander l'assistance d'un expert.

En cas de non conciliation des parties, l'*Ombudsman* rend un avis. Mais le recours à cette solution est rare, la conciliation étant généralement couronnée de succès. Les rapports annuels et les règlements utilisent le terme d'*avis non contraignant.* Il ne faut pas se limiter à une vision juridique où l'avis non contraignant n'a aucune force. Certes l'avis de l'*Ombudsman* n'a pas le caractère impératif d'une loi.

Mais le rapport de l'*Ombudsman* pour l'assurance sur les dommages révèle que, pour les assureurs, ses avis ont un grand poids. Si les décisions ne sont pas juridiquement contraignantes, les professionnels ressentent néanmoins l'obligation morale de les respecter. Ils respectent systématiquement les décisions de l'*Ombudsman.*

Le consommateur n'est pas lié par les avis, il peut porter le différend devant un magistrat.

SECTION - II- TECHNIQUES DE VENTE

SOUS-SECTION - 1 Publicité

Il paraît difficile d'aborder la question des normes douces sans parler de la publicité. L'activité auto - réglementaire y est tellement développée qu'elle s'impose comme sujet d'étude dans pratiquement tous les pays abordés.

Si l'on devait ne citer qu'un seul secteur par nature favorable au développement des normes douces ce serait assurément celui-là.

Ce secteur se distingue des autres par la réunion de plusieurs éléments distinctifs qui sont rarement réunis dans un même secteur :

- un code international reconnu et respecté, le code de la Chambre de Commerce Internationale sur la Publicité, créé en 1937 ;
- des organismes d'autoréglementation clairement distincts des Fédérations professionnelles ;
- un organisme européen dont l'une des missions est la promotion de l'autoréglementation, l'Alliance Européenne pour l'Ethique en Publicité ;
- un mécanisme international de règlement des litiges ;
- une large couverture géographique ; pour la seule Europe, une vingtaine de pays sont représentés dans l'Alliance ;

C'est certainement le secteur le plus actif dans le développement et la promotion de l'autoréglementation, et ce dans le monde entier.

En Amérique Latine, sous l'impulsion de la Société Interaméricaine pour la liberté d'Expression Commerciale (SILEC) des organismes d'autoréglementation (Consejos d'Autoregulacion Publicitaria) ont été créés dans la plupart des pays.

En juin 2000, s'est tenue à Madrid la 3e conférence latino-américaine sur l'autoréglementation en matière publicitaire.

Il y a vraiment peu de secteurs au sein desquels on pourrait imaginer la tenue de congrès annuels régionaux consacrés exclusivement à l'autoréglementation.

Pour donner au lecteur un aperçu de fonctionnement de l'autoréglementation ou de l'autodiscipline dans ce secteur on développera quelques exemples nationaux, avant d'aborder les questions du mécanisme de résolution des litiges transfrontaliers et du fonctionnement des organes nationaux d'autodiscipline en Europe, dont l'intérêt est évident dans le cadre d'une réflexion sur les normes douces européennes.

§ 1 - Les exemples nationaux

Nous passons en revue 7 pays très différents mais qui ont tous un système assez développé d'auto-discipline en matière de publicité. Le lecteur trouvera en annexe les études détaillées de chacun des pays suivants dont nous résumons la situation en quelques lignes.

1.1 - Les Etats-Unis

L'auto-discipline est assurée par deux organismes frères (National Advertising Division et National Advertising Review Board). Le système se considère comme un "mini régulateur" et fonctionne comme un auxiliaire, indépendant et respecté, de l'administration. La surveillance mutuelle des professionnels joue un rôle plus important que les réclamations des consommateurs. C'est une incontestable réussite.

1-2 Grande-Bretagne

Là aussi, il existe deux organismes principaux (Committee of Advertising Practice et Advertising Standards Authority) mais contrairement aux Etats-Unis où la répartition des attributions se fait entre enquête et jugement, ici elle intervient entre codification et traitement des réclamations.

La Grande-Bretagne possède sans doute le système d'auto-discipline le plus développé et le plus actif d'Europe.

1-3 France

Le bureau de vérification de la Publicité (BVP) existe en France depuis 1935 et exerce deux activités principales : contrôle préalable de la publicité et contrôle à posteriori principalement sur réclamation.

Les règles élaborées par le BVP sont reconnues comme ayant valeur d'usages par les tribunaux.

1-4 Belgique

En Belgique, le Jury d'Ethique Publicitaire, est de création plus récente que le BVP, mais exerce des fonctions similaires et bénéficie également d'une reconnaissance des tribunaux. La Belgique n'ayant pas une loi spécifique sur la publicité, l'autodiscipline y joue un rôle particulièrement utile.

1-5 Pays-Bas

Le contrôle de la publicité est intégré dans le système des commissions de litiges décrit plus haut lors de l'examen des politiques nationales. La Fondation qui chapeaute ce système a instauré un code néerlandais de la publicité. Une commission est chargée d'appliquer le Code et de traiter les réclamations. En outre, des actions spécifiques sont menées dans certains secteurs (boissons alcoolisées, par exemple).

1-6 Canada

L'autodiscipline a été développée en réaction à la crainte d'une réglementation étatique. Le mécanisme mis en place est moins transparent et possède moins d'autorité que son homologue anglais, mais il bénéficie de délégation de certains types de contrôle par le gouvernement.

1-7 Australie

Plusieurs organismes généralistes et spécialistes coexistent. En outre, un traitement différent est appliqué aux réclamations concernant le bon goût et la morale, et celles visant la publicité mensongère.

§ 2 - L'Alliance Européenne pour l'Ethique en Publicité (EASA)

2.1 - Présentation

L'EASA[144] regroupe les organismes d'autoréglementation de la publicité dans 22 pays.

L'EASA est une institution très originale. Elle a "*la responsabilité de promouvoir l'autodiscipline dans les Etats membres de "l'Union européenne", de partager les meilleures pratiques et l'information, de traiter les plaintes au niveau international, et d'agir comme un point d'information central".*

Son originalité vient du fait qu'elle représente non pas un secteur d'activité, comme la plupart des fédérations européennes, mais l'autoréglementation dans un secteur.

Elle ne pratique pas elle-même l'autoréglementation, mais est chargée de la coordination d'un système de transmission des plaintes transfrontalières c'est-à-dire des réclamations par l'organisme d'autodiscipline du plaignant vers l'organisme du pays d'origine du media, vecteur de la publicité.

[144] Source : entretien.

L’Alliance ne prend pas de décision sur la réclamation, mais facilite sa transmission d’un pays à l’autre, assure le suivi du dossier et la publicité de la décision dans sa lettre d’information trimestrielle.

Elle émet également des “ Euro-Ad alerts ”, c’est-à-dire des mises en garde concernant des publicités transfrontalières qui présentent des violations particulièrement graves des règles applicables. Il s’agit généralement de publicités extrêmement douteuses, voire d’escroqueries. Ces mises en garde sont envoyées par fax aux membres de l’Alliance, aux fédérations professionnelles de la publicité, aux organisations de consommateurs, à la Commission Européenne, et à l’International Marketing Supervision Network.

Le système des plaintes transfrontalières fonctionne bien d’un point de vue administratif. Les délais de traitement des réclamations, de l’ordre de quelques mois, paraissent satisfaisants au regard de la difficulté de gérer un système multilingue et international.

Le nombre de plaintes traitées est relativement faible(3 ou 4 plaintes tout au plus par pays) ; rapporté au nombre de plaintes purement nationales c’est très peu. Il faut sans doute y voir d’une part la faiblesse de la publicité transfrontalière, la publicité étant encore très nationale et d'autre part l’ignorance du consommateur de l’existence de ce mécanisme.

Le nombre de plaintes augmente régulièrement. Le lancement du mécanisme européen de règlement des litiges aura sans doute pour effet d’en augmenter encore le nombre, en favorisant la prise de conscience des consommateurs. La majorité (environ 60%) des réclamations concernent les publicités reçues par courrier. Elles visent plus le caractère mensonger (50%), ou non sollicité de la publicité (11%) ou l’absence de livraison (14%) c’est-à -dire les questions touchant à la relation commerciale, que les questions de moralité et de bon goût (19%).

Quelques améliorations pratiques pourraient sans doute augmenter le nombre des plaintes, en permettant au consommateur européen de prendre conscience de l'existence du mécanisme de réclamations transfrontalières.

Par exemple, sur le site internet de l'ASA (Grande-Bretagne), il n'est pas fait mention de l'existence du mécanisme. Il est simplement indiqué qu'il faut saisir l'organisme d'autodiscipline du pays d'origine. La possibilité de saisir l'organisme de son propre pays pour qu'il transmette la réclamation n'est pas présentée. Même sur le site Internet de l'Alliance à la rubrique " How to complain " cette possibilité n'est pas indiquée (Il faut aller dans une rubrique consacrée au mécanisme transfrontalier, pour le savoir).[145]

2.2 - Etude Comparative

Bien que la documentation disponible sur l'autoréglementation en matière de publicité soit très abondante, nous avons voulu par le biais d'un questionnaire recueillir quelques éléments supplémentaires, en particulier sur l'importance de l'activité des organismes d'autodiscipline, sur la nature des réclamations, et sur le résultat du traitement des réclamations. Le lecteur pourra se reporter à la brochure "Advertising Self-Regulation in Europe" de l'EASA pour plus d'information sur les cadres juridiques nationaux.

Grâce à l'aide de l'Alliance Européenne pour l'Ethique en Publicité, nous avons pu obtenir des éléments sur douze pays européens.

Au regard des éléments recueillis, il nous paraît utile de souligner les caractéristiques suivantes de l'autoréglementation européenne en matière de publicité :

2.3 -. Origine des normes / participation des consommateurs

L'autoréglementation en matière de publicité est vraiment une création du secteur lui-même. L'influence du code rédigé par la Chambre de Commerce Internationale est forte. Certains pays le reprennent tel quel (par exemple, la Suède).

[145] Visites de ces sites en juillet 2000

Le rôle du consommateur est donc réduit au sein de ce dispositif (avec d'importantes variations nationales). On est généralement loin de l'idée d'accords volontaires ou de co-réglementation.

Il s'agit d'un système où l'empreinte des professionnels est très marquée.

D'après les organismes d'autodiscipline c'est l'une des forces du système. Pour les publicitaires et les annonceurs c'est leur système. Ils en acceptent donc plus facilement les décisions. Quant à la possibilité de "durcir" les normes douces par une réglementation étatique, l'EASA y est résolument hostile.

On l'aura bien compris, le secteur est fier de son mécanisme d'autoréglementation (le terme français d'autodiscipline est significatif) et entend bien en garder le contrôle.

Les organisations de consommateurs ne sont pas toujours un interlocuteur privilégié. Leur représentativité est parfois mise en doute L'organisme britannique (ASA), nous a indiqué qu'il *"faisait une distinction entre les groupes de pression et activistes de la consommation et les consommateurs ordinaires"* et que sur la base de leurs recherches et de leurs expériences il constatait qu'il existait souvent une différence entre le point de vue des organisations professionnelles de consommateurs et celui des consommateurs en général.

Dans les organismes d'autoréglementation et en particulier dans leur organe "juridictionnel", les consommateurs sont le plus souvent peu ou pas représentés.

La crédibilité du mécanisme de recours résulte beaucoup plus d’une indépendance confortée par la présence de personnalités qualifiées (magistrats, professeurs, avocats, etc.) extérieures à la profession que par la recherche d'un quelconque caractère paritaire consommateur /publicitaire.

Seul l'Espagne fait participer les associations de consommation aux choix des membres de l'organisme (25 % des membres du Jury). En France, le Conseil d'Administration du B.V.P comporte un représentant de l'Institut National de la Consommation.

L'idée de dialogue est beaucoup plus présente que celle de négociation. En revanche, les organisations de consommateurs sont le plus souvent régulièrement informées, et consultées notamment lors des révisions du code national.

L'ASA (Grande-Bretagne) a consulté plus de 150 organisations différentes, y compris plusieurs organisations de consommateurs lors de la révision de code en 1995. ASAI (Irlande) consulte l'administration et les organisations de consommateurs. L'AAP (Espagne) consulte les organisations de consommateurs dans le cadre d'un accord conclu en 1999. L'ICAP (Portugal) a conclu en 1997 un accord avec l'Institut du Consommateur et le consulte régulièrement.

2-4 - Transparence et Communication

L'une des caractéristiques la plus frappantes de l'autoréglementation dans le domaine de la publicité est sa volonté de transparence et de communication. C'est d'ailleurs l'une des forces du système.

La communication est abondante et particulièrement bien fournie (brochures, plaquettes, sites web, rapports annuels, publications diverses, conférences, etc.).

C'est d'ailleurs logique pour un secteur dont la communication est le métier. On peut signaler, par exemple, la Grande-Bretagne, et l'Irlande où les rapports annuels des organismes d'autoréglementation sont particulièrement soignés et bien présentés. Il existe dans plusieurs pays des campagnes d'information, par voie de presse, d'affichage et même par le canal de spots télévisés.

Lorsqu'elle est bien faite cette communication porte ses fruits. Ainsi dans un sondage effectué à la demande de l'ASA (Grande-Bretagne), le nom de l'ASA est plus souvent cité comme organisme auprès duquel il est possible de se plaindre d'une publicité que toute entité, administration ou organisation de consommateurs.

Cette communication est remarquable non seulement par sa forme, mais également par son contenu. Dans la plupart des pays, pour lesquels l'équipe de Lex Fori a pu obtenir des données, les décisions rendues sur les réclamations présentées aux organismes d'autodiscipline sont publiées (communiqués de presse, magazines, sites web).

Il y a pourtant des exceptions comme le Luxembourg qui ne publie pas ses décisions.

Alors que dans d'autres secteurs, les décisions ne sont publiées que très rarement, et à titre de sanction, il y a dans le secteur de la publicité une véritable transparence du mécanisme d'autoréglementation. La publicité des décisions permet de mettre à la disposition de tous une jurisprudence qui a un effet préventif certain.

2-5 - Prévention

Outre l'effet dissuasif et pédagogique de la publicité des décisions, le secteur met en œuvre dans de nombreux pays un mécanisme de vérification préalable des publicités.

Les publicitaires, les annonceurs et les médias peuvent, généralement gratuitement, soumettre à l'organisme d'autodiscipline les publicités avant diffusion. Ils peuvent ainsi vérifier si la publicité projetée est conforme au code national de la publicité.

Ce système peut être particulièrement actif (22.000 demandes par an en France, par exemple).

2-6 - Activité

L'examen du nombre de réclamations traitées par les organismes d'autoréglementation permet de constater que le mécanisme de recours est généralement actif.

Il est difficile de donner une signification précise aux chiffres en valeur absolue ou en valeur relative par rapport aux autres pays. Un nombre plus élevé de réclamations témoigne-t-il d'une profession plus indisciplinée, ou d'une culture plus contestataire?

Pour l’EASA le taux de réclamations est surtout un indicateur du niveau d'information du consommateur sur les possibilités de présenter une réclamation. Par exemple, l'existence d'organismes d'autodiscipline bien établis et anciens, et d'une bonne "culture" de la réclamation expliquerait les chiffres élevés de la Grande-Bretagne et de l'Irlande dans ce domaine.

La Grande-Bretagne traite environ 12.000 plaintes par an, la France 1000, l'Allemagne plusieurs milliers, l'Irlande 600, la Suède environ 400 (mais par le biais d'organismes sectoriels), les autres pays ont des chiffres de l'ordre de 100/150 (sauf le Luxembourg : 6 par an).

L'examen du détail des réclamations en fonction de leur objet montre que généralement celles-ci concernent relativement peu le domaine de la protection du consommateur, entendu au sens strict. Une grande partie des réclamations portent sur des questions de goût, de moeurs, et d'opinion.

Les chiffres peuvent cependant varier fortement d'une année à l'autre (par exemple, en Autriche) :

- en 1998, 3 plaintes sur 158 concernent la publicité mensongère ou trompeuse, 27 la discrimination contre les femmes ;
- en 1999, 24 plaintes sur 84 concernent la publicité mensongère ou trompeuse, 16 la discrimination contre les femmes.

En ce qui concerne l'origine des réclamations, elle varie fortement selon les pays, certains pays connaissent une majorité de réclamations de concurrents (Etats-Unis, Allemagne avec le Zentrale zur Bekämpfung Unlauteren Wettbewerbs), mais la plupart reçoivent l'essentiel de leurs réclamations des consommateurs. (Italie 80 %, Deutscher Werberat, autre organisation allemande, presque 100 %, Luxembourg 60%, Grande-Bretagne et Irlande 90 %, Espagne 82%, Belgique 95%, etc.).

Il arrive que l'administration envoie des dossiers à l'organisme d'autodiscipline, ce qui est une bonne preuve de l'efficacité du système. C'est le cas, par exemple en Suède, de l'"Ombudsman" qui saisit au besoin l'organisme compétent du secteur.

2.7 - Respect et Efficacité

L'autorité morale des organismes d'autoréglementation paraît significative dans de nombreux pays. Cette autorité entretenue, comme on l'a vue, par une bonne communication et une publicité des décisions rendues permet de faire respecter les décisions prises à l'encontre des publicités. Le taux de recours est faible.

Une des particularités du secteur réside dans le fait que les médias peuvent jouer un rôle décisif en coopérant avec les organismes d'autodiscipline. Face à un annonceur récalcitrant le refus des médias est déterminant pour éliminer les publicités sanctionnées.

Lorsque l'organisme d'autodiscipline est bien implanté et respecté, le respect de ses décisions peut approcher des 100% (par exemple, 95% en Espagne, 98% au Portugal). Dans le cas contraire, l'application du code est moins efficace sans la coopération de l'ensemble du secteur.

Un mécanisme d'autoréglementation bien développé peut même s'appliquer avec succès aux non-membres, soit par sa seule autorité morale, soit avec la coopération des autres professionnels qui refuseront de travailler avec le contrevenant. Seuls quelques "rogue traders" utilisant des techniques difficiles à surveiller, comme les publicités dans les boites aux lettres, échappent alors au contrôle des organismes d’autodiscipline.

Lorsque le mécanisme fonctionne bien, il n'est pas possible pour l’entreprise de se retirer du système pour échapper aux règles du code de la publicité. Le mécanisme est donc sur ce point sensiblement plus efficace que ceux d'autres secteurs où la question des non-membres ou des membres démissionnaires n'est pas résolue.

Les non-membres, lorsqu'il s'agit d'entreprises normales, ont un comportement finalement assez proche de celui des membres et respectent généralement les décisions des organismes d'autodiscipline.

Compte tenu de l'ampleur de la tâche au regard du nombre de publicités, les taux de respect du code (98% pour les affiches, 97% pour la presse en Grande-Bretagne) paraissent élevés. On remarque toutefois que ce taux baisse de façon significative lorsque la publicité n'a pas un support facile à contrôler comme la presse. (selon l'ASA il est de 85% pour le marketing direct).

Rien ne permet d'affirmer qu'une gestion directe du contrôle de la publicité par l'administration donnerait de meilleurs résultats.

2.8 - Critiques

L'une des caractéristiques de l'autodiscipline en matière de publicité, et un de ses points forts, est l'opinion généralement positive qui prévaut en ce qui la concerne.

Cette autodiscipline est souvent citée en exemple dans les discours officiels des autorités publiques.

Les critiques sont relativement rares. Les organismes interrogés ne nous ont pas fait part de critiques très développées. Bien évidemment, la personne critiquée n'est pas forcément la meilleure source de renseignements sur l'ampleur des critiques qui peuvent être formulées contre elle. Mais en interrogeant d'autres sources nous n'avons pas rencontré de critiques très nombreuses.

En Belgique, Tests Achats considèrent que l'autodiscipline est plus efficace dans le domaine moral ou culturel que dans celui de la consommation. Une fois la publicité parue, le mal est fait et le consommateur lésé.

Certaines critiques relèvent plus de contestations de la publicité en général ou de la publicité dans tel ou tel domaine (alcool, tabac, violence, etc.) que du fonctionnement du mécanisme.

Le National Consumer Council, dans sa brochure "Models of Self-regulation", reconnaît que l'autodiscipline publicitaire est tenue pour "raisonnablement efficace". Son analyse relativement élogieuse est tempérée par des critiques sur la lenteur de la procédure et la faiblesse des sanctions.

"The main criticisms of advertising self-regulation relate to the length of time investigation and adjudication can take, and the consequent lack of effect this has as a deterrent. The prospect of an adverse finding, buried in a case report many months after the end of the advertising campaign, is unlikely to inhibit borderline advertising claims or even blatant offenders. Perhaps inevitably criticisms also surface about the ASA's procedures and the absence of any redress for consumers."

Dans une lettre du 29 novembre 1999 adressée à la directrice du National Consumer Council, l'ASA répond à cette critique en soulignant que la qualité et le sérieux de ses décisions impliquent un minimum de garanties procédurales. Ce qui se traduit par des délais incompressibles qui sont au demeurant très inférieurs à ceux de l'administration. L'ASA cite l'exemple des Trading Standards Departments qui mettent une moyenne de douze mois pour présenter un dossier devant les juridictions compétentes.

La critique de lenteur nous paraît un peu injuste à l'égard d'un système dont les délais de traitement des réclamations, généralement de l'ordre de deux mois dans la plupart des pays, sont très rapides comparés à ceux des organes étatiques. Les délais impartis aux annonceurs et publicitaires pour s'expliquer sont généralement déjà très courts, de l'ordre de une ou deux semaines tout au plus et il paraît difficile d'imposer des délais plus courts. La rapidité du traitement des dossiers nous paraît d'ailleurs être un atout important du système d'autodiscipline.

Compte-tenu de la nature éphémère de la publicité, il semble assez ambitieux, voire irréaliste de vouloir que l'organisme d'autodiscipline rende une décision systématiquement avant la fin de la campagne de la publicité. Dans le cas de la Grande-Bretagne, on voit mal quelle administration serait susceptible de traiter 12.000 plaintes par an et prendre une décision en quelques jours.

En revanche, on pourrait imaginer une sorte de procédure de référés limités à quelques dossiers de violations particulièrement flagrantes ou préjudiciables aux intérêts des consommateurs afin d'obtenir une cessation immédiate de la publicité.

C'est un peu l'idée, dans un registre légèrement différent, des euro-alertes de l'EASA qui vise à diffuser rapidement une mise en garde contre des publicités qui sont à l'évidence malhonnêtes.

La critique de lenteur néglige également l'aspect préventif du mécanisme d'autodiscipline. La consultation nous paraît plus efficace que l'accélération, à vrai dire utopique, du traitement des réclamations. Il serait préférable qu'organisations de consommateurs et organismes d'autodiscipline coopèrent pour un meilleur suivi des tendances les plus préjudiciables pour les consommateurs et unissent leurs efforts pour empêcher les violations répétées.[146]

L'autoréglementation peut accroître son efficacité par une bonne entente et une répartition des tâches entre organisation des consommateurs et organismes d'autoréglementation.

C'est sans doute sur ce point que des progrès restent à faire.

[146] Si l'on se reporte à la question de la publicité en Grande-Bretagne pour les cliniques privées, on constate que sur un problème difficile, il s'agit d'un secteur où il n'y a pas de législation adaptée, une plus grande coopération serait préférable. Le National Consumer Council reproche à l'ASA sa passivité à l'égard de la publicité des cliniques.
Or dans cet exemple, l'essentiel des réclamations est fourni par une seule personne qui mène une campagne pour "nettoyer" le secteur.
Dans la mesure où ces réclamations ont été validées pour la plupart par l'ASA, il paraît légitime de s'interroger sur la faiblesse de l'apport des organisations de consommateurs. Logiquement ce sont elles qui auraient dû saisir l'ASA de ces réclamations et non pas une personne isolée.

§ 1 - Présentation Générale

Ce secteur présente la particularité d'être très international, avec la présence de sociétés (notamment américaines) implantées dans de nombreux pays, et de mobiliser de nombreux vendeurs par son système de vendeurs indépendants, exerçant souvent à temps partiel.

Il est très actif en matière de normes douces, avec une interaction entre normes internationales et normes nationales.

On rappellera que la vente directe est la vente aux consommateurs de biens et services en dehors des magasins par un contact direct au domicile, sur le lieu de travail et sur d'autres lieux non habituellement destinés à la vente.

La motivation de l'autoréglementation dans ce secteur n'est pas de prévenir une loi, mais plutôt de la compléter voire de la précéder.

Le souci de moraliser une profession parfois décriée, d'organiser les entreprises du secteur et leurs vendeurs pour éviter les dérapages, et de "respectabiliser" une activité encore mal comprise, est très fort.

L'image de la profession a été désastreuse et est encore souvent négative. Les clichés de vendeurs de produits médiocres forçant la porte de personnes en situation de faiblesse, et de sociétés organisées comme des sectes, se livrant à des montages pyramidaux au détriment de leur force de vente, sont encore très tenaces.

La profession a donc fourni un important effort de communication, et de création d'instruments juridiques.

Elle a adopté une démarche pédagogique volontariste, visant à éviter toute confusion entre les formes légitimes de vente directe et les formes illicites ou peu recommandables. La distinction entre MLM (Multi-levelMarketing) et la vente pyramidale est un élément important de cette démarche.

Le secteur comporte plusieurs niveaux d'organisation. Une fédération mondiale (World Federation of Direct Selling Associations) comporte plus de 55 fédérations nationales. Il existe un Code International de la Vente Directe, créé en 1975, et révisé en 1999, par la Chambre de Commerce Internationale, en coopération avec la fédération mondiale.

Une fédération Européenne (FEDSA), créée en 1968, comporte 25 membres (fédération nationale) et des membres associés (sociétés multinationales). Elle a créé, en 1995, un code européen de la vente directe qui comporte deux volets, l'un destiné à la protection des consommateurs, l'autre aux relations entre sociétés et vendeurs, vendeurs entre eux et sociétés entre elles.

Au plan national, il existe généralement une fédération nationale de la vente directe, avec quelques variantes (en Finlande, par exemple, la vente est regroupée dans un ensemble plus vaste). Les fédérations européennes, en qualité de membres de la FEDSA, ont l'obligation de mettre leur code national en harmonie avec le code européen de la vente directe. Ce qu'elles ont fait.

Il existe une étroite imbrication entre le code mondial, le code européen et les codes nationaux.

Nous n'analyserons pas la partie des instruments autoréglementation, consacrée aux vendeurs, qui nous paraît en dehors du champ de notre étude.

Toutefois, il faut souligner l'intérêt de ces instruments pour la protection des néo-entrepreneurs qui sont souvent les consommateurs des produits qu'ils vendent. Ils constituent souvent une catégorie hybride à mi-chemin entre consommateur et vendeur et, compte tenu des abus passés, ont certainement besoin d'une protection particulière.

Le Code européen

En ce qui concerne la protection du consommateur, le code européen de la vente directe comporte un certain nombre de dispositions protectrices :

- interdiction des pratiques douteuses ;
- identification du vendeur et de la société ;
- délai de réflexion ;
- remise d'un bon de commande ;
- respect de la vie privée.

Le code comporte une section sur l'application du code.

En premier lieu, la responsabilité de chaque société dans le traitement des réclamations est soulignée.

Les fédérations nationales ont l'obligation de créer un mécanisme de règlement des litiges.

Ce mécanisme comporte obligatoirement :

- une personne responsable du traitement des réclamations ;
- une personne ou un organisme indépendant chargé de surveiller le respect du code national par les sociétés membres et de traiter les litiges non résolus à l'amiable ;
- un accusé de réception de chaque réclamation ;
- un traitement rapide et gratuit de chaque réclamation.

Une autre disposition du code, adoptée en 1989, est particulièrement intéressante. Elle impose à chaque fédération d'obliger ses membres à respecter le code mondial, dans tous les pays où ils exercent une activité, même dans les pays où il n'existe pas de fédération. Cette portée extra-territoriale est assez originale. Elle correspond bien à une vision internationale de autoréglementation, qui peut avoir un effet au-delà des frontières des pays d'origine.

Les avantages du code

Les codes mis au point par la vente directe ont souvent précédé et inspiré la législation et comportent encore des dispositions plus protectrices que le dispositif législatif actuel.

Parmi ces dispositions, on peut citer :

- Le délai de réflexion pendant lequel les consommateurs peuvent changer d'avis et se faire rembourser la marchandise vendue, délai plus largement applicable que dans la Directive 85/577 ou dans les lois nationales ;

- L'obligation d'un contrat écrit ;

- L'obligation de prévoir et d'expliquer le fonctionnement d'une garantie contractuelle ;

- La mise en place d'un mécanisme gratuit de résolution des litiges (y compris les litiges transfrontaliers).

§ 2 - Analyse d'efficacité

Comme dans de nombreux autres secteurs, il n'existe que très peu de textes publiés, analysant l'efficacité de l'autoréglementation dans le domaine de la vente directe. Le plus souvent il s'agit de textes descriptifs qui font l'inventaire des règles élaborées dans le cadre de l'autoréglementation sans tenter de déterminer si ces règles sont appliquées et si elles ont des résultats positifs.

Les deux études de droit comparé les plus récentes ont un tout autre objet (celle réalisée par la FEDSA a pour objet de montrer la diversité des approches législatives ["A comparative Analysis of Selected Legislation Impacting the Direct Selling Industry and the Multi-level Marketing sector, Mars 1999"] et celle réalisée à la demande de la Commission ne concerne que la vente pyramidale [Hans-W. Miclitz, Institut fur Europaisches Wirtchaftsund Verbraucherrecht eV. " Door to Door Selling – Pyramid Selling- Multilevel Marketing "].

Pour aller un peu plus loin dans l'étude de l'efficacité des normes douces dans ce secteur d'activité, l'équipe de LEX FORI a réalisé une enquête, sur la base d'un questionnaire complété d'entretiens face à face. Il ne s'agit pas, bien évidemment, d'une démarche scientifique, mais plus modestement d'une première esquisse d'une approche de l'efficacité de autoréglementation, dans le secteur de la vente directe Grâce à l'aide de la FEDSA, nous avons pu obtenir des informations sur une dizaine de pays européens ce qui représente déjà un échantillon significatif.

Grâce aux réponses obtenues, nous sommes parvenus aux conclusions suivantes :

Le code européen a un effet certain d'harmonisation sur les codes nationaux. Bien entendu, chaque code national doit tenir compte de l'existence d'une réglementation étatique parfois très différente d'un pays à l'autre. Mais dans l'ensemble, les codes nationaux sont très proches du code européen. La nature du secteur serait donc un facteur plus important que les différences culturelles ou juridiques.

Lorsque des différences existent, il s'agit d'ailleurs le plus souvent de précisions (durée de la période de réflexion par exemple) que d'éléments qui pourraient contredire ou modifier l'essence du code européen.

En ce qui concerne l'efficacité du mécanisme lui-même, il nous semble qu'il y a généralement une réelle recherche d'efficacité, mais qu'il existe néanmoins d'importantes variations nationales.

Les critères d'efficacité que nous avons utilisés sont principalement :

1) l'indépendance de l'administration du code.
2) le nombre de réclamations traitées et le taux de règlement.
3) la transparence et la publicité du mécanisme.

4) l'attitude à l'égard des "brebis galeuses" (rogue traders).

5) la participation des consommateurs.

6) contrôle et révision

Le lecteur pourra se reporter en annexe pour consulter le détail de notre enquête dont nous tirons les conclusions suivantes :

- Les codes nationaux, malgré la diversité des législations nationales, offrent une approche homogène significative.

- Les codes contiennent des dispositions réellement pratiques, parfois innovantes, et pas uniquement des principes généraux.

- Certaines fédérations paraissent très actives, notamment dans l'intervention contre les “ rogues traders ”.

Bien entendu, le système d'autoréglementation de la vente directe est loin d'avoir atteint la réputation et l'efficacité de celui de la publicité.

Il reste éminemment perfectible et nous avons souligné certaines de ses carences (voir étude en annexe) : absence d'audit extérieur, relative faiblesse de la participation des consommateurs, peu d'activité de certains mécanismes de traitement de litiges, publication non systématique du fonctionnement du mécanisme et des décisions rendues, et absence dans certains pays d'un administrateur indépendant.

Il nous paraît constituer toutefois un bon exemple de secteur où la puissance publique (européenne ou nationale) pourrait rechercher à encourager les normes douces et inciter le secteur à perfectionner et à systématiser les mécanismes existants. Le secteur est à la recherche d'une plus grande reconnaissance des pouvoirs publics et donc de fait, sans doute, mûr pour un dialogue plus étroit avec ceux-ci.

S’il existait une volonté politique de donner à ces mécanismes une efficacité plus grande par une législation adaptée, sans doute fois accroître la dépense publique, il nous semble que deux dispositions législatives pourraient être envisagées : l’adhésion obligatoire au mécanismes d'autoréglementation, ou la possibilité pour les fédérations d’agir en justice contre les non-membres qui seraient en infraction avec les dispositions légales.

SECTION - III- MECANISMES PARTICULIERS

Hormis les deux grands secteurs qui viennent d’être décrits, Banque/Finance/Assurance et Techniques de vente, les autres exemples que nous développons sont plus hétéroclites. Il s’agit du Better Business Bureau (Etats-Unis), de l’Internet, de la Construction résidentielle (Canada), des agents de voyages (plusieurs pays), des agents immobiliers et de la vente de voiture (Canada) et de deux exemples australiens (Supermarchés et Jus de fruit).

SOUS-SECTION - 1 Better Business Bureau (Etats-Unis)

Le Better Business Bureau est un organisme très original puisqu'il fonctionne comme une agence de protection des consommateurs, tout en étant une émanation des entreprises qui y adhèrent. Il ressemble en cela aux organismes de contrôle de la publicité, mais a une portée plus vaste – multisectorielle.

Le conseil du Better Business Bureau (BBB) est une organisation nationale qui cherche à promouvoir les pratiques commerciales éthiques, dans toutes les industries orientées vers les consommateurs. Le BBB est financé de manière complètement privée, existe depuis 1912 et s’appuie sur 250 000 commerces locaux et 300 fédérations nationales. Le BBB compile et fournit des rapports sur les entreprises, avec pour objectif d'éduquer les consommateurs et de leur indiquer les entreprises qui ne respectent pas des standards de qualité acceptables.

Pour devenir un membre du BBB, une entreprise doit respecter les exigences suivantes :

- Signer un engagement de soumettre à un arbitrage les réclamations dirigées à son encontre ;

- Apporter des informations économiques sur l'entreprise, afin que ces informations donnent une idée de fiabilité de l'entreprise ;

- Remplir toutes les exigences de la réglementation locale, étatique, ou fédérale ;

- Répondre rapidement à toutes les réclamations adressées au Bureau, et faire de bonne foi des efforts pour les résoudre ;

- Accepter les décisions rendues par le biais des arbitrages du BBB ;

- Coopérer avec les efforts du BBB pour promouvoir l'autoréglementation au sein de l'industrie ;

- Eviter l'interférence de l'administration dans les affaires économiques qui est souvent la conséquence de la non application des principes du BBB par certaines entreprises ;

- Soutenir tous les principes et les buts du BBB et s'abstenir de s'engager dans des activités qui font du tort au BBB.

La fonction primordiale du BBB est de fournir aux consommateurs des informations sur les entreprises de manière à ce qu'ils fassent des choix "éclairés" et de donner aux entreprises la motivation de respecter des standards qui créent un niveau de qualité acceptable pour les consommateurs. Le BBB conserve un fichier des réclamations qui lui permet d'établir une sorte de "casier judiciaire" de l'entreprise. Tout consommateur peut se procurer un "reliability Report" sur l'entreprise et donc savoir à quel genre d'entreprise il s’intéresse.

L'un des traits les plus remarquables du BBB est sa notoriété Alors que le consommateur moyen ignore certainement la plupart, voire la totalité des mécanismes et organismes cités dans ce rapport, le BBB a une notoriété proche (voir supérieure) de celle d'une organisation de consommateurs connue (de type “ Que choisir ? ” en France, ou “ Test Achats ” en Belgique).

Le consommateur moyen qui a une réclamation insatisfaite à l'égard d'une entreprise a de fortes chances de se voir conseiller, par son entourage, de saisir le BBB. La notoriété du BBB est telle qu'il s'agit du seul organisme de protection des consommateurs, à notre connaissance, qui se soit exporté! Le BBB existe sous un système de franchise au Canada.

Outre sa mission de contrôle de la publicité (voir notre développement sur l'autoréglementation, en matière de publicité), et sa mission d'information du public sur les entreprises, le BBB gère un mécanisme de résolution des litiges. (Il existe un programme spécial pour les achats de voitures neuves.) Ce mécanisme comporte trois niveaux : conciliation, médiation et arbitrage.

Dans la formule de conciliation, la plus pratiquée, le BBB amène le consommateur et l'entreprise à se rencontrer et à trouver une solution négociée avec le moins de formalisme possible. La médiation reprend la formule précédente mais avec l'aide d'un médiateur, formé par le BBB L'arbitrage représente le stade le plus évolué du mécanisme.

De nombreux membres du BBB intègrent une clause d'arbitrage dans leurs contrats, ce qui permet aux consommateurs de faire exécuter les arbitrages BBB. Il est à noter que contrairement à ce qui existe dans de nombreux pays européens, la décision d'arbitrage lie le consommateur, qui est privé de la possibilité de recourir à une instance judiciaire.

Le BBB rédige également des codes de conduite et d'autres documents pour encadrer le comportement de ses membres. Il existe par exemple un code BBB de la publicité. La motivation des entreprises qui adhèrent au BBB réside dans le souci des professionnels d'éviter l'intervention de l'administration et de disposer à moindre coût d'une solution alternative, à une procédure judiciaire ou administrative.

Une motivation supplémentaire réside dans le fait que le BBB publie des mises en garde aux consommateurs sur les entreprises qui ne se conforment pas à ses directives et recommandations. La crainte de passer pour une entreprise peu sérieuse joue un rôle non négligeable dans l'adhésion. L'adhésion donne une crédibilité à l'entreprise aux yeux des consommateurs.

Le BBB communique auprès des entreprises sur ce thème. *"Think about this: The Only sustainable competitive advantage any business or profession has, is its reputation".* Pour les entreprises qui n'auraient pas compris que l'application de ce principe passe par une adhésion au Better Business Bureau, le résultat d'un sondage devrait suffire : trois personnes sur quatre font plus confiance à un membre du BBB, qu'à un non-membre (sondage Roper 1998).

Le BBB bénéficie d'une excellente réputation auprès de la presse. Certaines publications n'hésitent pas à employer des superlatifs, "si le BBB était un chef d'Etat, se serait Gandhi"[147].

SOUS-SECTION - 2 **Internet**

§ 1 - La Passion

L'autoréglementation sur l'Internet mérite d'être citée dans la liste des meilleures pratiques, non pas pour son efficacité, pour l'instant très limitée, mais pour l'extraordinaire engouement qu'elle suscite.

Une recherche dans les banques de données sur Internet avec le terme " self-regulation " donne immanquablement l'impression que ce thème ne concerne quasiment que la gestion de l'Internet, tant la disproportion du nombre de prises de position sur la question de l'autoréglementation de l'Internet, comparé aux documents concernant l'autoréglementation dans d'autres secteurs d'activités, est flagrante. La disproportion existe dans le nombre, mais aussi dans la passion, voire la violence des propos.

[147] Denise Cardinal, *The Consumer is always Right*, Business Record, 27/05/96.

Nouveauté, mode, attrait pour les nouvelles technologies, intérêts économiques, refus de l'Etat et de la censure, opinions politiques diverses et souvent extrêmes se mêlent pour former un "cocktail explosif". Les arguments et logiques s'entremêlent, se contredisant, dans un même refus de l'intervention de l'Etat. Même la justice fait preuve d'une extrême prudence à l'idée d'une réglementation d'Internet : "*Any content-based regulation of the Internet, no matter how benign the purpose, could burn the global village to roast the pig*", Juge Stewart Dalzell dans l'affaire ACLU du Reno, 11/6/96.

Ce n'est pas le moindre des paradoxes de voir les plus farouches défenseurs de la liberté, de la vie privée et adversaires de tout contrôle plaider pour une autoréglementation qui favorise l'exploitation commerciale des informations personnelles.

L'autoréglementation est adulée avant même que l'on ait déterminé quels seraient ses objectifs. En quelque sorte on vénère le râteau avant d'avoir déterminé ce que l'on va planter. Un minimum de réflexions et de décisions s'impose avant de se lancer dans l'autoréglementation sauvage. Comme nous l'avons souligné précédemment, l'une des conditions premières de la réussite d'un mécanisme d'autoréglementation est d'en définir les objectifs de façon claire.

Le professeur allemand Bernd Lutterbeck a justement souligné les dangers de confusion du débat actuel sur Internet et du refus par principe de l'Etat, sans réflexion sur les objectifs. Il cite le professeur Lawrence LESSIG, professeur de droit à Harvard, qui souligne qu'en matière d'Internet, l'important est le développement de valeurs plutôt que la recherche absolue de l'absente intervention de l'Etat. *"Parfois ces valeurs peuvent être uniquement préservées par le gouvernement, parfois pas."*

" *We should ask whether freedom is protected, not whether government threatens freedom. We should ask whether the architectures of cyberspace protect traditional values of liberty, and speech, and privacy, and access. The primary good here is a set of values, not absence of government interference independent of those values* ".

- La conclusion du professeur LUTTERBECK est la suivante :

➢La distinction entre réglementation et autoréglementation n'est pas du tout précise. Elle empêche la résolution des conflits d'intérêts, plutôt que de rendre possible des solutions.

➢La science politique offre une typologie qui explique la fonction du gouvernement au-delà de l'Etat-Nation.

Il faut travailler avec cette typologie pour réfléchir sur la solution des problèmes juridiques de l'Internet.

➢La question cruciale est de savoir si nous pouvons réussir à rendre obligatoire pour les acteurs un ensemble déterminé de valeurs. En conséquence, nous devons discuter des valeurs que nous voulons adopter. Plus spécifiquement, la jurisprudence continentale doit se préparer à un nouvel ordre des choses : de plus en plus, des acteurs non-gouvernementaux vont contrôler et réglementer ces valeurs.

Il y a sans doute une autre dure leçon que nous devons apprendre :

"*Whether government runs things or not, we should govern ourselves. Right now we cannot. This much about us must change*." [LESSIG]

Dans un autre registre la conclusion d'un médecin américain est brutale[148] :

" L'autoréglementation d'Internet n'est qu'une forme de censure déléguée aux professionnels au détriment des internautes.

Il ne s'agit pas de réglementer le comportement des professionnels, mais en fait celui des utilisateurs ".

[148] Michael BAKER

§ 2 - Les Pratiques

Dans un tel contexte passionnel, il n'est pas étonnant qu'Internet suscite les craintes des pouvoirs publics et des consommateurs. Sa nature transnationale inquiète les Etats et les consommateurs qui s'effraient de voir diffusés les contenus les plus nuisibles.

Les professionnels de l'Internet ont donc intérêt à promouvoir les normes douces, à la fois pour rassurer les consommateurs et pour éviter l'intervention d'une réglementation étatique. Une majorité de professionnels est hostile à l'abandon de la régulation aux seuls Etats. L'association Global Internet Project qui regroupe des industriels tels que AT&T, IBM ou Deutsche Télécom a mis en garde contre des " régulations unilatérales ou régionales qui pourraient retarder la croissance de l'Internet. "

Aux Etats-Unis, par exemple, depuis quelques années les protestations concernant le courrier non sollicité (SPAM) se multiplient. Certains réclament une législation interdisant ou encadrant ce genre de pratiques. Pour contrer ce mouvement, l'Association Américaine de Marketing Direct avait annoncé en octobre 1997 son intention de créer un code obligeant ses membres à permettre aux consommateurs qui le souhaitent de ne pas figurer sur les listes utilisées pour les sollicitations téléphoniques, par courrier postal et par courrier électronique. Les dirigeants de l'association ont affirmé que cette protection permettrait à leurs membres de se distinguer des autres[149].

La position du Global Business Dialogue on Electronic Commerce (GBDe), qui plaide pour le laisser-faire du marché et l'autoréglementation, constitue une réponse aux tentatives du gouvernement fédéral américain, de la Commission européenne ou des gouvernements européens de fixer des règles pour protéger les consommateurs ou taxer les échanges sur Internet.

Ce genre d'initiative n'est pas parvenu à convaincre les sceptiques. La faille du système "op-out" (retrait des listes de Marketing direct) réside dans le fait que la plus grande part du SPAM (courrier électronique non-sollicité) provient d'entreprises qui ne sont pas membres de DMA.

De plus, une entreprise sérieuse évite de toute façon d'envoyer du SPAM.

[149] Dépêche de "Wired", Rebecca Vesely, 15 Octobre 1997

En réalité, les membres du GBDe cherchent à dissuader les gouvernements de légiférer. S'il est nécessaire de définir des standards globaux, ces industriels sont décidés à les définir eux-mêmes. Ils veulent édicter un code de bonne conduite des échanges sur Internet et un label destinés à distinguer ceux qui respectent ce code. Michio Naruto, vice-président de Fujitsu, a ainsi estimé que "nous pourrons résoudre nous-mêmes 80 % des problèmes".

Le groupe français Vivendi a entendu montrer l'exemple en publiant une "charte Internet confiance" qui comporte sept engagements "pour le respect de l'internaute"[150] : Alors que la France s'apprête à légiférer, le patron de Vivendi, Jean-Marie Messier veut initier le débat sur Internet : "*c'est un dialogue à trois, entre le gouvernement, les industriels et les consommateurs. Avec la charte Internet, nous apportons une contribution originale : nous invitons les internautes à réagir sur les engagements que nous sommes prêts à prendre".* L'objectif de Vivendi est d'obtenir, entre autres, la confiance des consommateurs. De plus, le Global Business Dialogue on Electronic Commerce (GBDe) dont fait partie Vivendi, s'apprête à lancer un "label GBDe" censé garantir un service de qualité aux internautes.

Cependant, les professionnels ne sont pas opposés à la participation des Etats à la régulation. Ainsi, en France, Thierry Miléo, chef du service de la stratégie de Bouygues Télécom résume l'opinion des professionnels : *" Nous ne demandons pas moins d'Etat, mais mieux d'Etat "* et il approuve la création d'une autorité de régulation.

[150] Campagne publicitaire nationale publiée en particulier dans le journal *Le Monde*.
1. Pour la protection des données personnelles.
2. Pour la protection de l'enfance et l'affirmation d'une éthique des contenus.
3. Pour le respect de la propriété intellectuelle.
4. Pour la garantie des droits du consommateur en ligne.
5. Pour la sécurité des échanges et des transactions.
6. Pour une communication publicitaire responsable.
7. Pour un dialogue permanent et efficace.

Même en France, pays où l'autorégulation dans les médias est peu développée, il existe un organisme d'autocontrôle et le rapport du Conseil d'Etat " Internet et les réseaux " se prononce en faveur de l'autorégulation. Cette vitalité des normes douces s'explique par un vide législatif. Certes les lois existantes sont suffisamment générales pour s'appliquer à l'Internet.

Il faut cependant reconnaître que la particularité de l'Internet requiert de nouvelles régulations. Les professionnels de l'Internet affirment être mieux armés que les Etats pour définir ces régulations car ils sont en contact permanent avec des évolutions technologiques que les Etats perçoivent au mieux, en même temps, et dans les autres cas, avec un certain retard. **Cependant un abandon total de la réglementation aux intérêts privés ne paraît pas souhaitable**.

Si les professionnels sont très favorables au développement des normes douces dans le cyber - espace, les représentants des consommateurs sont plus réservés. Ils le sont toutefois nettement moins qu'en ce qui concerne les autres secteurs d'activité. Pratiquement tous admettent qu'une certaine forme d'autoréglementation de l'Internet est inévitable.

Ils insistent surtout sur la nécessité d'un encadrement législatif de cette autoréglementation :

Le Bureau Européen des Unions de Consommateurs (BEUC), par exemple, a critiqué l'absence de cadre institutionnel ou réglementaire pour les codes de bonne conduite visés par la directive européenne sur le commerce électronique et déploré l'absence d'instruments de mesure :

"How will we mesure, and who will measure, the success or failure of codes of practice ?

What do we do if codes of practice do not work have another conference ?".[151]

Le Dialogue Transatlantique des Consommateurs se prononce pour la co-réglementation définie comme de l'autoréglementation encadrée par des textes législatifs. Il insiste sur la nécessité de disposer de principes d'élaboration et d'instruments d'évaluation des codes. Il réclame l'intervention des pouvoirs publics en cas de violations graves ou respectées des codes.[152]

[151] Jim Murray, "The limits of self regulation", Discours, Rome 19-20 mars 1999.
[152] TACD, Developping a code of practice for electronic Traders

Quant au NCC (Consommateurs britanniques), il demande aux pouvoirs publics d'examiner avec soin le rôle que pourrait jouer l'autoréglementation et d'organiser une consultation sur les résultats afin de disposer :

- d'une définition précise des domaines où l'autoréglementation pourrait être utile ;
- d'objectifs et de critères adaptés ;
- d'une information sur les mécanismes existants.[153]

On l'aura compris les organisations de consommateurs souhaitent des bases de départ claires : objectifs, principes d'élaboration offrant des garanties de sérieux (indépendance, participation des consommateurs, voies de recours, etc.), un suivi organisé, et un encadrement législatif permettant l'intervention des pouvoirs publics.

Enfin, on ne saurait présenter ce contexte favorable aux normes douces sans évoquer la directive du Parlement Européen et du Conseil de l'Union Européenne sur le commerce électronique, en date du 5 février 1999. Ce texte prescrit, à de nombreuses reprises, le recours aux normes douces. L'article 16 dispose que *: " Les Etats membres et la Commission encouragent : a) l'élaboration par les associations ou organisations professionnelles, de codes de conduite au niveau communautaire destinés à contribuer à la bonne application des articles 5 à 15 ".*

Les normes douces sur Internet peuvent prendre plusieurs aspects. Les codes de déontologie (1) déterminent l'éthique des professionnels de l'Internet, la labélisation (2), les logiciels de filtrage (3) qui sont les instruments d'autocontrôle les plus importants. Leurs perspectives de développement sont inégales (4). Il faut aussi faire une place à une expérience originale, l' " e-résolution ", qui est un arbitrage sur Internet (5).

[153] N.C.C "Tuning in to Consumers"

Nous développons ces différents points en annexe.

Les normes douces sont encore loin d'être efficaces sur Internet.

Aux Etats-Unis malgré les efforts du gouvernement américain (Federal Trade Commission) la situation reste problématique[154]. Les critiques ne manquent pas[155]. Même en ce qui concerne des sujets pour lesquels les entreprises devraient être très vigilantes, l'efficacité reste limitée[156][157].

S'il y a beaucoup à dire sur les différents projets en cours qui sont parfois très ingénieux, le manque de maturité du secteur et l'éparpillement des acteurs n'ont pas encore permis de dégager de véritables meilleures pratiques.

De plus, malgré le parfum de liberté, voire d'anarchie qui règne sur Internet, la nécessité d'adosser tout système d'autorèglementation à un cadre légal national ou international reste très présente.

La FTC a encouragé les efforts de "Online Privacy Alliance" un groupement d'une centaine d'entreprises en faveur de l'autodiscipline en matière de protection des données personnelles.
Cependant la FTC constate que "la grande majorité des sites les plus fréquentés n'ont pas mis en application les quatre principes de base de l'information sur la protection de la vie privée".
Un sondage de l'université de Georgetown a conclu que seul 10% des sites les plus fréquentés applique les préconisations de la FTC ou de l'OPA.

Certaines organisations (Forrester Research) expriment les plus grandes réserves sur l'efficacité de ces programmes de protection de la vie privée : "C'est de la Blague !".[158]

La plupart des chartes de protection de la vie privée des entreprises sont composées de termes vagues et de jargon qui servent à protéger plus les entreprises que les individus.[159]

---

[158] (Steve Barth, “ Is Self Regulation Working ? ”, Article, Knowledge Management, novembre 1999

[159] (Steven Kennedy, “ Staying One Step Ahead of the Government through Self Regulation ” Article, volume VIII, n°1 Automne – Hiver 1999 ; (Jesse Berst, “ Self Regulation never has and never will work ”, forum, ZDNET,34/3/99).

En novembre 1999, l'association irlandaise des fournisseurs d'Accès à Internet a lancé un numéro vert pour lutter contre la pédophilie où les internautes pourraient signaler les sites pédophiles.

Ce mécanisme a été présenté comme une forme d'autoréglementation et approuvé par le Ministre de la Justice.

Cependant quatre mois plus tard, aucun des principaux fournisseurs d'accès ne faisait mention sur leur site du numéro vert[160]

Pour que l'autoréglementation fonctionne sur Internet, il faut qu'il existe une industrie de l'Internet capable d'assumer cette responsabilité, Or compte tenu de l'évolution très rapide d'Internet, il est particulièrement difficile d'identifier les acteurs qui pourraient assurer une véritable discipline. [161]

[160] Padraig O'Morain " Minister Warns Internet Firms on Child Porn " The Irish Times, article 15 mars 2000
[161] (Michaël Pawlo, " European Regulation US style ", article, Fastlane Magazine, 16/10/99).

Cet exemple est intéressant car il concerne un secteur, la construction de logements qui fait souvent l’objet de plaintes de la part des consommateurs. Nous avons vu, par exemple, qu’en Grande Bretagne (voir la brochure “ Models of Self-Regulation ” du National Consumer Council) et en Belgique, les organisations de consommateurs se plaignaient des difficultés pour moraliser le secteur. Au Canada (voir ci-après),un tiers des acquéreurs de maisons neuves sont mécontents. En outre, ce secteur offre un bon exemple d’un système volontaire devenu, du fait de son intérêt, obligatoire par la suite.

Le système est loin d'être parfait, (il a fait l'objet de nombreuses critiques), mais il possède néanmoins un aspect exemplaire compte tenu de la difficulté du secteur.

Il a d'abord commencé comme un système volontaire de garantie des maisons neuves organisé par l'association des professionnels de la construction d'habitations du Québec (APCHQ). Cette association regroupe 80 % du secteur.

Le système comportait également à l'origine un conseil d'administration composé essentiellement de professionnels et de deux représentants d'institutions financières et d'un représentant des consommateurs. Il comportait également un mécanisme de conciliation et d'arbitrage qui ne liait pas les parties.

Devant les critiques de manque d'indépendance et de lenteur du mécanisme, le gouvernement l'a réformé pour en rendre l'adhésion obligatoire, le fonctionnement plus indépendant et l'arbitrage définitif.

Il en résulte une nette amélioration du fonctionnement du système qui traite environ un millier de dossiers par an.

Une analyse détaillée du mécanisme et de son évolution est fournie en annexe.

Ce secteur a souvent fait l'objet de réclamations de la part des consommateurs. Il vend rêve et évasion et la déception y est sans doute plus cruellement ressentie qu'ailleurs.

Du fait de son caractère international, il a obligé les professionnels à coopérer entre eux et à se regrouper dans des associations professionnelles respectées, tant sur le plan national qu'international.

Après une tendance vers la réglementation étatique, dont la législation française et la directive européenne sur les voyages à forfait sont une bonne illustration, un certain courant se fait sentir en faveur d'une plus grande autoréglementation de la profession. Les mécanismes mis en place donnent souvent satisfaction et sont donnés en exemple.

§ 1 - En Grande-Bretagne, le mécanisme de règlement des litiges du secteur est l'un des plus actifs.

§ 2 - En Belgique, d'après l'association de consommateurs " Test-Achats "[162], qui, comme nous l'avons vu précédemment, se montre assez critique à l'égard des normes douces, le meilleur exemple de fonctionnement de normes douces, en Belgique, est le secteur des agents de voyages. Un contrat type de voyage a été négocié bien avant l'adoption de la directive sur les voyages organisés.[163]

[162] Source : entretien.

[163] *Ce contrat-type a été négocié par l'organisation de consommateurs "Test-Achats" et certaines organisations professionnelles du secteur.*
Il détermine des conditions générales, jugées équilibrées par le ministère des Affaires économiques, qui sont basées sur la loi du 16 février 1994 régissant les contrats d'organisation de voyages et le contrat d'intermédiaire de voyages.
Il assure au consommateur une meilleure information et une plus grande sécurité juridique et il lui offre la possibilité de recourir, en cas de problème, à la Commission des Litiges Voyages (cf. le 5è critère). Aujourd'hui, la quasi-totalité du secteur utilise ce contrat type de manière volontaire et accepte de soumettre à ce collège arbitral tout litige pouvant survenir avec un client.
Considérant que la Commission des Litiges Voyages remplissait un rôle d'utilité publique en allégeant le travail des tribunaux, le ministre des Affaires économiques l'a reconnue officiellement en 1993 et lui octroie depuis une aide financière, sous forme de crédit inscrit au budget ainsi qu'une aide matérielle et logistique (accueil du secrétariat dans les locaux du ministère) et le détachement d'un agent.

Le mécanisme d'arbitrage fonctionne bien et les professionnels l'utilisent pour améliorer leurs prestations. Le secteur s'adapte en fonction des plaintes traitées par la Commission d'arbitrage. Par exemple, de nombreuses plaintes visaient l'absence d'information sur la nécessité d'un passeport et /ou d'un visa pour faire le voyage. La profession a modifié le contrat type pour y inclure une case "passeport obligatoire oui / non". Le mécanisme d'arbitrage est simple et peu coûteux.164.

Selon " Test-Achats ", les facteurs de réussite de cet instrument de normes douces sont les suivants : l'image de marque du secteur du voyage s'était nettement dégradée. Les professionnels sérieux entendaient rassurer les consommateurs. Il existait déjà un cadre législatif minimum. Enfin, le secteur était relativement bien organisé avec des syndicats professionnels respectés et représentatifs.

(Les organisations qui participent aux mécanismes de normes douces représentent 95 % des professionnels belges.)

---

[164] *Il s'agit de NUR Touristic[164], membre de l'APTO, une organisation professionnelle qui est membre de la Commission des litiges qui peut juger les litiges relatifs aux voyages, aux agences de voyages et aux tours-opérateurs. NUR est la plus grande association de tour-opérateurs en Belgique et elle respecte la procédure établie par la Commission des litiges.*
Cette dernière gère la quasi-totalité des réclamations concernant les trajets (en vertu de la directive du 13 juin 1990 et de la loi belge du 16 février 1994). L'opérateur ou l'agence de voyage doit être un membre de la Commission ou doit reconnaître son autorité. Désormais, presque tous grands tour-opérateurs ou agences de voyage sont, d'une manière ou d'une autre, membre d'associations qui sont membres de la Commission des litiges.
Chaque réclamation doit être faite selon les termes contractuels (en résumé, immédiatement pendant le trajet ou jusqu'à un mois après le trajet et avec le plus de preuves possibles). Lorsqu'au bout de 4 mois, le client et l'agence de voyage ne sont pas parvenus à un accord, le client peut s'adresser à la Commission des litiges pour qu'elle juge le litige.
Les preuves et les réclamations sont apportées devant la commission qui jugera le cas. Tout plaignant paye 10% du montant des dommages qu'il réclame. S'il gagne l'affaire, il sera remboursé. S'il perd, l'argent sert à payer les frais de procédures. De cette façon, la Commission des litiges cherche à éviter les réclamations en dommages et intérêts trop élevées. Parfois, le coût de la procédure est réparti entre le plaignant et le ou les autres parties. Les membres qui perdent une affaire payent un montant déterminé.
Le comité de jugement est composé de membres d'associations de consommateurs, un avocat et des membres des organisations professionnelles des agences de voyage ou des tours opérateurs.
La Commission des litiges bénéficie d'un soutien financier du Ministère des Affaires économiques, de ses membres comme les organisations professionnelles de tours opérateurs et d'agences de voyage, et de TESTAANKOOP, l'organisation de consommateur, et d'ARCOPAR, une organisation qui fournit un soutien légal Chaque année, la Commission des litiges a de plus en plus de cas à juger. Cela tient au fait que de plus en plus d'agences de voyage et de tours-opérateurs sont des membres de la Commission des litiges et que les voyageurs préfèrent saisir la Commission que les tribunaux, car le ce système est plus efficace et moins cher.

§ 3 - Aux Pays-Bas, une commission de litiges des agences de voyages a été instituée par un accord conclu entre l'association des consommateurs néerlandais et la Fédération Nationale des Agences de Voyage, la *Het Algemeen Verbond van Reisondernemingen (ANVR)*. En 1996, cet accord était applicable à environ 90% des contrats de voyage conclus aux Pays-Bas. Cet accord n'est opposable qu'aux agences de voyage adhérentes à l'ANVR. Si ce n'est pas le cas, les différends ne pourront être soumis à la commission de litiges des agences de voyage et le consommateur devra saisir une juridiction civile.

Un voyageur qui impute l'échec de son voyage à son tour opérateur ou qui invoque une mauvaise exécution du contrat de voyage peut porter plainte devant la commission de litiges des agences de voyage. Auparavant, il aura du introduire une réclamation sur les lieux de son voyage, auprès d'un représentant de l'agence concernée, par exemple le loueur d'une accommodation de voyage. S'il n'obtient pas satisfaction, il peut porter plainte auprès du voyagiste dans le mois qui suit son retour. Si les deux parties ne parviennent pas à un accord, le voyageur pourra soumettre sa réclamation à la commission de litiges des agences de voyage, dans les trois mois qui suivent son retour.

Les plaintes sont variées. Souvent, elles concernent le logement mis à la disposition du voyageur, par exemple, la propreté de la résidence de vacances, la surréservation des places d'hôtel, la qualité des repas à l'hôtel ou les nuisances sonores. Dans d'autres cas, les plaintes critiquent l'organisation du tour opérateur et mettent en cause la qualité du guide, du représentant local ou du chauffeur.

En 1995, la commission des litiges a examiné 1200 plaintes qu'elle a reconnu fondées ou partiellement fondées, dans 70% des cas. Elle a alors accordé une indemnisation moyenne de 920 florins. La commission rejette les plaintes des consommateurs qui ont refusé une indemnisation du voyagiste qu'elle estime raisonnable. De nombreuses plaintes sont rejetées pour ce motif.

§ 4 - Au Canada, dans la province de l'Ontario, c'est la voie de la co-réglementation qui a été choisie. Le Travel industry council of Ontario : TICO, est créé le 25 juin 1997, sous l'impulsion de l'administration. Le TICO est chargé d'administrer le Travel Industry Act, loi édictée par le gouvernement ontarien. Le TICO réunit en son sein des représentants des professionnels, des consommateurs et, de l'administration. Sa mission est de promouvoir un marché loyal et honnête où les consommateurs peuvent se sentir en toute sécurité avant de contracter avec les différents professionnels.

Pour cela, le TICO a développé des standards de qualité qui permettent une meilleure protection des consommateurs et qui rendent les produits plus sûrs et plus efficaces. Le TICO a donc promu une compétition loyale et morale entre les différents professionnels, mais aussi élaboré un code d'éthique, qui comprend divers principes tels que l'intégrité, l'honnêteté et la compétition loyale. Le TICO s'occupe de tous les problèmes qui peuvent surgir entre les consommateurs et les professionnels.

SOUS-SECTION - 5 L'alimentation : 2 exemples australiens

Il existe, pour les supermarchés australiens, un code volontaire qui régit les systèmes de caisses informatisées.

En cas d'erreur dans le prix, l'article est gratuit pour le consommateur.

Le fonctionnement du code a été soumis à l'examen de la Trade Pratices Commission qui a trouvé que les supermarchés se conformaient généralement aux dispositions du code et les erreurs se situaient à un niveau acceptable.

Le code est bien connu des consommateurs (70% des consommateurs le connaissent). La hot line qui est censée recueillir les réclamations, reçoit essentiellement des demandes d'information, le nombre des réclamations ayant tendance à diminuer fortement.

D'après l'institut des supermarchés, toutes les réclamations ont été résolues à la satisfaction des consommateurs. Depuis plusieurs années, aucune réclamation n'a été reçue par les autorités publiques.

L'intérêt et l'exemplarité de ce code réside dans sa simplicité et sa lisibilité. Il énonce un nombre limité de règles concernant les étiquettes, sous forme de code-barre. Il offre au consommateur une solution claire et facile à comprendre : gratuité de l'article en cas d'erreur. De plus le code est simple à comprendre et à appliquer par le personnel des supermarchés.

- Le Code de l'industrie du Jus de Fruits.

Ce code a pour objet de promouvoir l'étiquetage véridique et les bonnes pratiques, en matière de vente de jus de fruits. Il s'agit d'éviter que le consommateur soit victime de tromperies et de présentations abusives.

Les professionnels pensent que ce code a amélioré l'image de l'industrie et favorisé la commercialisation de leurs produits. Pratiquement tous les producteurs sont membres du code. Le mécanisme s'appuie sur le contrôle de la composition des jus de fruits par un laboratoire indépendant.

Le programme d'analyse de la composition des jus de fruits a commencé en 1993. La première année a donné lieu à 27 lettres d'avertissement. Les années suivantes le nombre d'infractions constatées a diminué (6 en 1999). Les entreprises qui ont récidivé ont été signalées aux autorités publiques et ont été contraintes à faire paraître des annonces rectificatives dans la presse.

Ce qui fait la force et le succès de ce code : il ne repose pas sur les réclamations des consommateurs, mais sur la surveillance mutuelle entre concurrents et sur des contrôles périodiques indépendants, en dehors de toute plainte. On remarquera la coopération entre le mécanisme de normes douces et le système étatique en ce qui concerne le respect du code. L'autoréglementation suffit à mettre au pas l'essentiel des contrevenants. Les récidivistes font l'objet de plaintes auprès des autorités politiques.

SOUS-SECTION - 6 Le secteur automobile et immobilier au Canada

On peut y observer un exemple d'autoréglementation et deux exemples de co-réglementation.

§.1 – Un exemple d'autoréglementation au niveau national dans le secteur automobile.

Le premier exemple concerne un programme d'arbitrage pour les véhicules automobiles du Canada, aussi appelé le PAVAC.

C'est un programme volontaire qui permet, par le biais de l'arbitrage, de résoudre les litiges survenant entre les fabricants automobiles et leurs clients, de manière équitable, peu coûteuse et rapide.

L'accord qui régit le recours au PAVAC contient différentes dispositions telles que les conditions d'admissibilité du recours au PAVAC, la mise en place de ce processus, les décisions que peut imposer l'arbitre et le processus d'arbitrage.

Dans les critères d'admissibilité du litige on trouve essentiellement une garantie quant à la conformité d'un bien vendu, les dommages qui résulteraient de l'utilisation du véhicule vendu n'étant pas couverts par le PAVAC.

Le principal souci de ce programme est de renforcer la confiance que peuvent avoir les consommateurs dans les vendeurs de véhicules. Ce n’est pas un système de responsabilité civile parallèle.

Le PAVAC est une procédure subsidiaire. En effet lorsque le consommateur entre en contact pour la première fois avec le PAVAC, il se trouve en relation avec l'Administrateur provincial qui va lui demander, avant toute chose, si une tentative d’accord à l'amiable a été faite entre le consommateur et le fabricant d’automobiles.

L'Administrateur provincial va vérifier si cet accord préalable a été recherché, puis il va débuter la procédure. Le consommateur remplira alors un formulaire de réclamations par lequel il s’engage à suivre la convention d’arbitrage. C’est donc une démarche volontaire que va réaliser le consommateur, mais qui peut être inutile si le fabricant d’automobiles n’est pas membre du PAVAC. En effet le PAVAC est un programme volontaire. Si le fabricant adhère à ce programme il sera lié par la convention d’arbitrage, sinon le recours du consommateur n’aura pas de suite.

L'arbitre, au terme de la procédure pourra proposer différentes solutions telles que le rachat du véhicule par le fabricant, sa réparation ou bien une compensation monétaire.

Le recours au PAVAC permet un arbitrage entre les parties qui est moins coûteux et plus rapide qu’une quelconque procédure contentieuse.

L’État de l’Ontario ne s’est pas contenté de ce mécanisme d’autorèglermentation. Il a voulu également promouvoir la co-réglementation.

§ 2 Un exemple de co-réglementation pour le secteur automobile dans l’Ontario

Dans les deux exemples étudiés ci-dessous (et dans le système des agents de voyages décrit plus haut) le processus est toujours le même. Il existe tout d’abord une loi établie par le gouvernement de l'Ontario et normalement appliquée par le Ministry of Consumer and Commercial Relations. Ce ministère va alors prendre la décision de déléguer à des organismes privés l'application de ces lois, tout en gardant un contrôle sur celles-ci en demandant qu’un rapport lui soit fait périodiquement.

Le gouvernement va édicter la loi mais ensuite va la laisser “vivre ” et va laisser le soin de l'appliquer à un organisme privé, qui le plus souvent, édictera un code d’éthique, qui lui permettra une bonne mise en œuvre de la loi originale. L’organisme privé est essentiellement professionnel, mais comporte toujours quelques représentants des consommateurs et de l’administration.

Le premier exemple de coréglementation est l'Ontario Motor Vehicule Industry Council : OMVIC. Ce conseil est formé de douze membres directeurs, de neuf vendeurs d’automobiles, de deux représentants des consommateurs et d’un représentant du gouvernement[165].

Il est mandaté pour assurer le maintien d’un marché commercial loyal, sûr, où les différents participants sont correctement informés, et pour protéger les droits des consommateurs. Pour cela, le conseil a édicté le Safety Standards Certificate, qu’il peut décider de remettre à ses membres ou non, selon que leur travail est conforme ou non aux critères fixés par le conseil. Les “ motor vehicule dealers act marketing standards ” constituent aussi des normes douces mises en place par le conseil. On voit donc bien que le souci de l'OMVIC est de fournir les meilleurs produits aux consommateurs, en posant différentes normes à respecter par les professionnels membres.

L'adhésion à ce conseil est une démarche volontaire des professionnels, mais, une fois qu’ils ont décidé d’adhérer, l'OMVIC a autorité pour toutes les questions de discipline et est compétent pour toutes les actions légales.

§ 3 La co-règlementation dans la profession d’agent immobilier en Ontario

Le deuxième exemple venu de l’Ontario choisi est celui du Real Estate Council of Ontario : RECO, créé en mai 1997, on peut d’ailleurs noter que les exemples choisis ont été créés à peu près en même temps, ce qui caractérise la volonté du gouvernement de l'Ontario de faire avancer les choses dans ce domaine.

[165] *Ce conseil travaille en fonction de l’Ontario Motor Vehicule Dealers Act, et il a été crée le 7 janvier 1997.*

Ce conseil est composé de douze membres principaux dont neuf représentants de la profession et de trois représentants des consommateurs, du domaine d'activité et du gouvernement. Il a été créé pour administrer le Real Estate and Business Brokers Act par le Ministry of Consumer and Commercial relations. Il a pour mission de protéger les consommateurs en régulant ce domaine d'activité. Il délivre les licences et reçoit les plaintes des consommateurs.

CONCLUSIONS DE LA PREMIERE PARTIE

Au vu des exemples de meilleures pratiques qui viennent d'être détaillées et des conclusions des chapitres précédents, il est possible de tirer certaines conclusions sur le rôle des normes douces, le domaine de leur intervention, les secteurs les plus favorables et les instruments les plus efficaces.

1) La norme douce, complément de la loi

Compte tenu de l'ambivalence des normes douces, leur efficacité suppose qu'elles soient conçues comme le complément de la réglementation étatique traditionnelle. Cette dernière doit au moins déterminer leur domaine d'intervention. Les normes douces doivent être maniées avec précaution dans le domaine de la sécurité et de la santé.

Les normes douces ont rarement vocation à remplacer la réglementation étatique. Bien utilisées les normes douces peuvent faire beaucoup pour la protection du consommateur, mais elles ne peuvent pas tout faire. La plupart des commentateurs et acteurs s'accordent pour leur attribuer un rôle de complément de la loi.

Et en matière de consommation, comme le rappelle le Danish Consumer Council[166], on ne peut pas attendre des instruments de normes douces qu'ils résolvent tous les problèmes des consommateurs.

➢Un remplacement exceptionnel de la loi par les normes douces.

[166] Discours de Ole Just, senior economic adviser, lors du séminaire du 15 octobre1999, à Bruxelles, organisé par la Commission Européenne, sur la soft law et les télécommunications.

Sauf exception, les normes douces n’ont pas vocation de se substituer à la législation. Mais elles peuvent être un instrument efficace pour compléter la loi ou y ajouter une plus value. Dans ces hypothèses, même si les normes douces ne sont pas respectées par l'ensemble des protagonistes, le fait qu'elles entraînent une amélioration est déjà satisfaisant. Tout dépend de ce que l'on attend des normes. S'il s'agit d'obtenir une modification du comportement de l'ensemble des protagonistes, alors les normes douces seront une déception. En revanche, si l'on espère obtenir des améliorations par rapport à la législation existante, et qu'au moins une minorité de protagonistes respecte les normes douces, il s'agit déjà d'un progrès.

Si l'on en croit Marc Elvinger[167], le caractère privé des règles contenues dans un code de conduite n'implique pas que ces règles soient nécessairement moins efficaces. A l'inverse, certaines raisons font qu'elles seront peut-être plus effectives que des règles légales. Ce n'est pas parce que les règles fixées par les codes de conduite sont légalement non obligatoires qu'elles seront pour autant facultatives. Certes ces règles n'ont pas directement le caractère contraignant dont dispose celles prises par les pouvoirs publics.

Certains auteurs vont jusqu’à affirmer que les normes douces pourraient être plus efficaces que la réglementation. Selon Jean Hesbert[168], le code britannique de bonne conduite pour les banques protège les consommateurs d'une manière assez large. Ces derniers sont dans une situation plus favorable que les consommateurs français, où la solution législative a été retenue. Il s'agit d'une expérience alternative à la loi.

Le NCC[169] estime quant à lui que dans certaines occasions, par exemple lorsqu'il n'existe pas de perspective réaliste de législation, l'autoréglementation peut être la seule option valable. Le commerce électronique international constitue d'après cet organisme un bon exemple. D'après lui, il n'y a dans ce domaine presque aucune perspective d'une réglementation sérieuse, susceptible d'être acceptée et appliquée globalement. Pour éviter de laisser les consommateurs sans protection, l'option de l'autoréglementation doit être examinée.

---

[167] *Libres propos sur l'utilité d'un code de bonne conduite en matière bancaire.*
[168] *Un code de bonne conduite pour les banques : l’exemple britannique.*
[169] *Models of self-regulation. An overview of models in business and the professions.*

L'évaluation des mérites respectifs de la loi et des normes douces dépend souvent du contexte. Il existe de nombreuses étapes entre l'autoréglementation totalement unilatérale et des contrôles réglementaires précis et spécifiques.

Il peut également exister des normes douces fortes et une loi faible. Ce sont la nature du problème, les objectifs politiques et le contexte politique et économique qui déterminent en grande partie l'approche la plus appropriée.

Mais, en règle générale, la "soft law" joue le plus souvent un rôle de plus value à l'égard de la loi.

Elle ne peut qu'exceptionnellement se substituer à la loi, en particulier pour protéger les droits des consommateurs. Cela peut être le cas pour faire face à des problèmes très techniques ou qui ne concernent qu'un seul secteur. Mais il ne semble pas possible d'en faire l'instrument d'une réglementation générale, fusse en matière de consommation. La loi demeure indispensable, de par son caractère démocratique, universelle et contraignant. On ne peut pas négliger non plus les contraintes juridiques et notamment constitutionnelles qui peuvent exister dans certains Etats.

➢Un rôle de plus value

L'élaboration de codes de conduite ou de normes douces permet éventuellement de dépasser la loi étatique ou, à tout le moins, de régler des comportements que celle-ci ignore ou ne peut appréhender. Il ne s'agit donc pas de supplanter le législateur, mais bien de développer des normes de complément dont on peut croire que le mode d'élaboration, qui y associe les destinataires, et la souplesse d'adaptation à des contextes mouvants, permettent plus aisément d'atteindre les objectifs assignés.

L'on se trouve en présence d'une action complémentaire à celle du législateur, dont l'efficacité est liée en particulier aux mécanismes de contrôle et de sanction mis en place. Cette action peut s'exercer dans pratiquement tous les domaines de la protection du consommateur, mais certains domaines appellent des réserves.

2) Les domaines réglementés par les normes douces

Le champ d'intervention des normes douces est vaste, mais de fortes réticences se font sentir dans les domaines de la sécurité et de la santé.

Les normes douces en matière de santé et de sécurité sont généralement assez mal vues. Nombre des interlocuteurs de LEX FORI ont exprimé le point de vue que les normes douces doivent être réservées à l'amélioration des relations entre commerçants et consommateurs et non à protection de la sécurité physique du consommateurs ; ce dernier domaine devant être réservé à la réglementation étatique. Ce point de vue est également celui du Commissaire européen chargé de la santé et de Protection des Consommateurs.[170]

Ceci peut se justifier par la considération suivante, mise en exergue par le Bureau de la consommation du ministère de l'Industrie[171] canadien : lorsque les conséquences du non-respect des codes sont graves (par exemple atteinte à la santé, à la sécurité ou à l'environnement), les approches volontaires peuvent s'avérer à elles seules insuffisantes. Cela signifie que pour des questions aussi essentielles, il est risqué de ne s'en remettre qu'à la bonne volonté des entreprises[172].

En France, des membres du ministère de l'Economie[173] (la Direction Générale de la Consommation et de la Répression des Fraudes) estiment que l'administration ne pouvant pas tout faire, et elle devrait compter de plus en plus sur les professionnels pour qu'ils assurent la moralisation et l'autorégulation de leur branche d'activité Les normes douces paraissent pertinentes dans tous les domaines du droit de la consommation, sauf en matière de sécurité.

Ils considèrent que la réglementation européenne et nationale devrait, en priorité, traiter de la sécurité du consommateur. Pour les autres aspects de la protection du consommateur, ils admettent la possibilité de normes douces, au cas par cas, de façon pragmatique.

---

[170] *Consumer Voice, hiver 1999*

[171] in *Les codes volontaires : Guide d'élaboration et d'utilisation.*

[172] Au printemps 2000, la société Smith et Wesson, fabricant d'armes bien connu, a adopté un code de bonne conduite pour la vente des armes aux Etats-Unis. Pour un esprit européen, le recours a des normes douces dans un tel domaine ne paraît pas approprié.

[173] Source : entretien

Dans les domaines sensibles de la protection du consommateur, où l'intégrité physique du consommateur peut être en péril, les consommateurs comme l'industrie s'accordent sur la nécessité d'une réglementation gouvernementale. La commission australienne d'enquête sur l'autoréglementation (Taskforce on Self-Regulation) va également dans ce sens de manière plus générale que " *self-regulation is likely to be most effective where there are clearly defined problemes but no high risk of serious or widespread hrm to consumers.* "[174].

Mais il existe néanmoins un certain nombre d'exceptions qui méritent d'être soulignées. Par exemple, dans le secteur des parfums, il existe une autoréglementation dont l'objet est la vérification de la sécurité des composants des parfums : Une organisation internationale a été créée en 1973, l'International Fragrance Association (IFRA), composée d'une centaine d'industriels représentant 15 pays.

L'IFRA publie des recommandations en matière de substances dangereuses ou dont l'usage doit être restreint. Aux Etats-Unis, le "Research Institute For Fragrance Materials" (RIFM) a été créé en 1996, sous forme d'une organisation sans but lucratif. Le RIFM est chargé de vérifier la toxicité des substances qui entrent dans la composition des parfums.

Cette évaluation est confiée à un comité d'experts indépendants. Un commentateur[175] souligne que ce comité n'examine que les substances qui lui sont soumises sans participer au choix de celles-ci. Ce sont les professionnels du secteur qui décident des substances qui seront examinées. Il n'existe pas en fait de système permettant d'identifier les substances qui pourraient poser problème et les faire tester. Il n'y a plus, non plus, de suivi de produits, ou de vérifications pour voir si les recommandations de l'IFMA sont respectées. Le commentateur cite plusieurs produits qui semblent causer des allergies, et dont le retrait du marché a été particulièrement lent. Sa conclusion est particulièrement sévère : *" Les mesures autoréglementaires prises par l'industrie du parfum sont au mieux inadéquates."*

En France, il existe une commission établie par une loi de 1994 sur la sécurité des consommateurs. Elle se réunit chaque fois qu'un

[174] La position de la fédération australienne de l'alimentaire (Food and Grocery Council, avis à la Self-Regulation Taskforce, décembre 1999) est assez caracteristique. Le recours a des normes douces est plus approprié lorsqu'il n'y a pas d'intérêt public majeur ou de question de santé ou de sécurité en jeu et que l'échec éventuel de la norme ne serait pas susceptible d'entraîner des conséquences graves.
[175] Betty Bridges.

produit est dangereux ou lorsqu'il y a des plaintes concernant le produit. La commission est composée des producteurs concernés, de représentants de l'administration et des organisations de consommateurs.

Ils établissent des conseils et des recommandations et chaque producteur est invité à de respecter les règles formulées dans les rapports de la commission. Elles ne sont pas obligatoires, mais le ministère peut utiliser son autorité pour s'assurer que les produits sont sûrs ou prendre des mesures contre les producteurs. La plupart du temps, les producteurs respectent les recommandations volontairement.

L'on peut également citer un exemple rappelé par le Bureau Canadien de la consommation du ministère de l'Industrie[176] Le programme de Gestion responsable de l'Association canadienne des fabricants de produits chimiques est un système de principes et de règles, destiné à améliorer le caractère sécuritaire et écologique de la gestion des produits chimiques tout au long de leur cycle de vie.

Plus de 70 fabricants de produits chimiques participent au programme, qui représente l'une des conditions d'adhésion à l'association.

Le programme fait l'objet d'examens et de révisions périodiques, à l'occasion desquels les groupes de défense de l'environnement et d'autres groupes d'intérêt présentent leurs commentaires et leurs conseils. Les sociétés participantes doivent se soumettre à des vérifications périodiques de la conformité dans le cadre d'une démarche à laquelle participent des spécialistes de l'industrie ainsi que des représentants de divers groupes d'intérêt et de la collectivité. Les résultats des vérifications sont diffusés publiquement.

[176] *Les codes volontaires : Guide d'élaboration et d'utilisation.*

Les exceptions à l'exclusion des normes douces dans les domaines de la sécurité et de la santé restent limités. Cette exclusion est-elle toujours rationnelle ? On peut en douter. L'idée que les normes douces ne sont pas souhaitables dans les domaines qui touchent à la santé et à la santé des consommateurs repose sur le présupposé que la norme étatique est plus efficace que la norme douce. En acceptant ce postulat, on devrait arriver à la conclusion que c'est dans les domaines à haut risque que la puissance publique est , ou devrait être la plus présente. La Better Regulation Taskforce (groupe indépendant d'études rattaché au Premier Ministre britannique), en se fondant sur l'étude attentive d'un certain nombre de secteurs, est parvenue à la conclusion inverse :

- Il ne semble pas avoir de corrélation significative entre degré de risque et importance de la présence de l'autorité publique.
- Rien ne permet de démontrer que la norme étatique serait plus efficace que d'autres types de normes dans la réduction du risque.

Il faut bien reconnaître que quelque soient les éléments de réflexion favorables à une meilleure prise en compte des normes douces dans les domaines à risque le climat général ne leur est pas favorable et que ce serait multiplier les facteurs défavorables que de vouloir lancer, à l'heure actuelle, une politique de normes douces dans ces domaines.

3) les secteurs les plus favorables

A la lecture de la présente étude, le lecteur aura certainement été frappé par la diversité des secteurs dans lesquels on trouve des normes douces. La tentation serait d'en déduire que les normes douces doivent être encouragées dans tous les domaines et dans tous les secteurs d'activité. Cette conclusion n'est que fausse en soi, mais les moyens de toute politique sont forcément limités. Pour être plus efficaces, ces moyens doivent être concentrés sur les secteurs les plus favorables.

Caractériser de tels secteurs est une tâche ingrate, car quelle que soit la règle énoncée, il faudrait aussitôt l'assortir de nombreuses exceptions. C'est plus dans un souci de simplification, que dans le cadre d'une certitude scientifique, qu'il nous paraît possible de proposer une typologie du secteur favorable au développement des normes douces.

Une première approche par nature du secteur est de citer :

- le secteur de la Finance au sens large (banque, marchés financiers et assurances) ;

- celui des techniques de vente (publicités et différentes formes de vente en dehors des magasins – vente directe, vente à distance) ;

- et celui des professions libérales.

Une autre approche en prenant compte les caractéristiques du marché permet de distinguer :

- les marchés compétitifs et très organisés dotés de produits homogènes (banques, établissements financiers, assurances) ;

- les marchés dans lesquels les coûts des éventuels dysfonctionnements sont subis en grande partie par les autres entreprises du secteur qui réagissent en cherchant à adopter des comportements nouveaux afin de réduire les dysfonctionnements et de moraliser le secteur. Ce sont les secteurs qui souffrent d'un problème d'image et qui cherchent à éliminer les mauvais comportements et à distinguer les bons professionnels des autres :

    - publicité – vente directe – vente à distance
    - professions libérales
    - agences de voyage

On peut également dire qu'il s'agit généralement des marchés ayant atteint une maturité suffisante pour que les secteurs soient organisés et prennent en compte les préoccupations des consommateurs.

Enfin, bien entendu, les marchés où il existe de nombreux conflits (assurances, agences de voyage) sont plus enclins à produire des normes douces que ceux qui ne connaissent pas de réclamation.

4) les instruments les plus efficaces

Les formes des normes douces sont multiples. Certaines sont-elles par nature plus efficaces que d'autres ? Il nous semble qu'il n'y a pas de règle absolue en la matière. L'alchimie de la norme douce est subtile. Les circonstances économiques et politiques et la motivation des uns et des autres peuvent permettre la réussite du mécanisme le plus simple ou au contraire faire échouer le mécanisme le plus sophistiqué.

Il faut plutôt se référer à des tendances générales qu'à ces certitudes absolues.

Ceci étant précisé, la pratique de l'auto-réglementation se révèle, à quelques exceptions notables près, le plus souvent décevante et les accords volontaires et la co-réglementation paraissent plus efficaces.

Il est toutefois parfois possible d'obtenir un meilleur résultat avec une forme d'auto-réglementation qu'avec des accords volontaires.

Lorsque les partenaires d'un éventuel accord ont des positions trop éloignées, il peut être plus efficace de se contenter de commencer avec une simple auto-réglementation que de subir un échec dans le cadre d'une négociation marathon.

L'auto-réglementation pourra toujours être améliorée en fonction des critiques tandis que l'échec de la négociation d'un accord volontaire risque de ternir l'image des normes douces dans le secteur et d'empêcher leur développement.

En tout état de cause, un arrière plan législatif sera toujours préférable. Comme le dit le gouvernement canadien[177] " *une application cohérente et rigoureuse de la loi est la toile de fond essentielle à l'élaboration et à l'utilisation efficace des codes volontaires* ". Le BEUC[178] ne dit pas autre chose lorsqu'il affirme " une législation s'impose, tout au moins une législation-cadre ". On trouve un écho similaire chez la FEDMA (fédération européenne du marketing direct)[179] qui insiste sur la

[177] Bureau de la consommation
[178] Opinion du BEUC sur l'autoréglementation du 18/8/94
[179] entretien M. Tempest

nécessité d'une bonne législation cadre pour permettre le développement des normes douces.

En ce qui concerne la nature de l'instrument de normes douces, les mécanismes de résolution des litiges sont certainement parmi les plus efficaces.

Généralement, le consommateur perçoit rapidement et de manière tangible, les effets du mécanisme, ce qui accroît la confiance qu'il lui porte.

De plus, ces instruments permettent de traiter de nombreux litiges, portant sur de faibles sommes, qui ne pourraient jamais être traités par le système judiciaire.

Rares sont ceux qui critiquent, par principe, ce type de mécanisme[180].

Une mention particulière revient à la fonction de l'ombudsman qui est très bien perçue et offre une réelle plus-value par rapport au système judiciaire, puisqu'il peut généralement statuer en équité et suggérer des réformes au secteur dont il dépend. La mise en place d'un mécanisme d'ombudsman suscite beaucoup moins de controverse et de discussion que celle d'un code de bonne conduite sous forme d'accord volontaire.

Il convient de distinguer entre les ombudsmen créés par les professionnels, avec ou sans la participation des consommateurs, et les ombudsmen créés par l'Etat qui sont des institutions administratives. Seule la première catégorie constitue, à notre sens, un mécanisme de normes douces.
Dans un classement d'efficacité, on peut également citer les mécanismes d'information du consommateur (par exemple, le Better Business Bureau) et les contrats type qui permettent de mener une réflexion utile sur les clauses abusives et la clarté de l'information.

A l'inverse, les codes de bonne conduite apparaissent d'une faible efficacité, notamment par la défiance que leur portent bien souvent les

[180] La commission consommation du Barreau Australien est très critique. Elle affirment, en substance, que : " *L'industrie peut prétendre, statistiques à l'appui, que son système de résolution des litiges est efficace. Mais en réalité, la plupart des consommateurs mécontents ne présentent pas de réclamation. Ce type de système favorise les professionnels. De plus, dans les statistiques de résultat, la présentation du nombre d'affaires* " réglées " *ou* " solutionnées " *est trompeuse. En fait, très souvent, le consommateur découragé abandonne souvent sa réclamation. Un consommateur dont le seul contact avec une industrie est un achat de produits ou services est bien moins préparé à se défendre devant une commission de spécialistes qu'une entreprise du secteur.* " (Source : avis sur le rapport de la self-regulation taskforce)

consommateurs qui n'y voient qu'un phénomène d'affichage dépourvu d'effets concrets et vérifiables.

Il y a bien sûr des codes efficaces que nous avons détaillés précédemment. Certains codes de déontologie (professions libérales, par exemple) sont très utiles, mais dans l'ensemble, ce genre d'instrument est peu efficace.

En ce qui concerne le champ d'application des instruments de normes douces, il apparaît que les mécanismes les plus efficaces sont ceux qui ont un objet précis et limité Plus l'instrument est spécialisé, plus il a de chances d'être efficace (voir les exemples du code des jus de fruits ou des supermarchés australiens).L'objectif étant limité et facilement identifiable, il est simple pour les personnes concernées de vérifier s'il a été atteint. A l'inverse, les mécanismes qui affichent des objectifs trop ambitieux, qui se proposent de réglementer tous les aspects de la conduite d'une profession, par exemple, se perdent souvent dans des généralités.

* *
*

La recette infaillible de la politique efficace de normes douces n'existe pas. Il s'agit d'une alchimie subtile difficile à reproduire.

Nous retenons, toutefois, de nos explorations des meilleures pratiques, quelques principes de base en la matière.

En ce qui concerne le rôle de la puissance publique deux clichés sont à éviter :

- seule l'intervention de l'administration peut rendre un mécanisme efficace,
- l'Etat n'a aucun rôle à jouer dans les normes douces.

Son rôle se situera, dans la réalité, constamment entre ces deux écueils.

On pourrait comparer ce rôle à celui d'un hélicoptère[181], surveillant les choses d'assez haut, mais changeant constamment d'altitude et pouvant se poser à tout moment.

[181] Image évoquée par un participant à l'enquête de la Australian Taskforce on Self Régulation

L'administration ne devrait pas s'investir ou encourager un projet de normes douces sans avoir effectué un repérage des " *conditions au sol* " pour reprendre l'image de l'hélicoptère.

La présence d'un ou plusieurs facteurs négatifs devrait l'amener à la plus grande prudence, par exemple, si :

- il n'y a pas un intérêt mutuel chez les participants ;

- il n'y a pas de cadre législatif de base ;

- il n'y a pas d'organisation représentative dans le secteur ;

- aucun mécanisme de contrôle n'est prévu ;

- un projet de loi a été abandonné car jugé trop difficile ou technique ;

Le secteur et les instruments doivent être choisis avec soin.

Les autres normes ne sont pas toujours une solution appropriée[1] " *Voluntary agreements or self-regulation are not a solution in each and every situation* [182]
Elles doivent être appliquées avec discernement et à bon escient dans le cadre d'un ensemble de mesures de nature différente et non pas comme une solution de remplacement pure et simple de toute réglementation. Comme le dit un chercheur allemand à propos des accords volontaires en matière de protection de l'environnement[183] : " *Voluntary agreements are a treat (…) if they are applied as a supplementary measure in a mixed policy approach, but once they replace command – and – control and economic incentives as a purely deregulatory measure* " voluntary agreements " quickly turn into a trick "
La combinaison de différents instruments est essentielle.

De plus, il ne faut jamais perdre de vue la règle d'or de toute réglementation, le souci de la qualité et la précision des objectifs :
" *Effectiveness of voluntary agreements correlates with clear, democratically accepted, pre-set, target driven policy* [184].

(*Hubert DAVID*)
[183] (*Kilian BIZER*)
[184]" (*ibid*)

Deuxième Partie :
Les normes douces dans les environnements décentralisés et le rôle de l'Union européenne

SECTION - A- DEVELOPPEMENT DE NORMES DOUCES DANS DES ENVIRONNEMENTS DECENTRALISES

Dans le cadre de notre mission, l'une des questions parmi d'autres qui nous a été posée est de savoir si certains environnements décentralisés sont plus favorables que d'autres au développement de normes juridiques " douces".

La réponse qu'il convient de donner à cette question est à priori négative, dans la mesure où le développement même de normes douces au niveau national ou au niveau régional et local est intimement lié à la question de la répartition des compétences entre autorité centrale et autorités régionales telle que déterminée par les règles constitutionnelles applicables dans le pays concerné.

Ainsi, par exemple, la Constitution australienne détermine clairement les domaines pour lesquels le pouvoir de légiférer appartient au Parlement fédéral et les domaines pour lesquels ce pouvoir appartient aux Etats fédérés. Il n'est ainsi pas possible au Parlement fédéral de légiférer dans un domaine pour lequel les Etats fédérés sont compétents. La situation est par ailleurs identique en ce qui concerne la République Fédérale d'Allemagne, qui, dans sa constitution, prévoit également des compétences délimitées pour l'Etat fédéral et détermine clairement les domaines relevant exclusivement de la compétence des Etats fédérés.

Cette répartition des compétences s'imposera lorsqu'il s'agit de favoriser l'adoption d'instruments de normes douces, de sorte que l'acteur qui entend intervenir dans un certain domaine ne soit pas confronté à un problème d'incompétence.

La question de savoir si un instrument de normes douces est développé au niveau national ou au niveau régional est dès lors fonction en premier lieu de l'attribution des compétences.

Ceci est également le cas au Canada, où les questions relatives au droit de la consommation sont de la compétence des provinces, de sorte que la plupart des normes douces existant dans ce domaine sont adoptées au niveau provincial (en particulier en matière de co-réglementation). Par contre, dans les domaines où la compétence est fédérale (en matière de télécommunications par exemple), la norme douce sera également nationale.

Ceci étant dit, l'exemple australien démontre encore qu'une consultation peut exister entre parlements régionaux, lorsque la réglementation mise en place dans les Etats fédérés diffère et est de nature à constituer un obstacle au libre commerce ou encore à la protection des consommateurs. Cette consultation vise notamment l’adoption des mesures nécessaires pour faire disparaître ces obstacles. Cette coopération a par ailleurs donné lieu à la création d'une banque de données qui contient les informations sur tous les codes de bonnes pratiques utilisés en Australie, tant au niveau national qu'au niveau régional (Etats ou Territoires fédérés).

Du fait que la compétence dans un domaine donné appartiendra dans un Etat fédéral aux différents Etats fédérés qui constituent le premier, une importance particulière devra être réservée aux mesures visant la coordination des instruments adoptés afin d'aboutir à une législation uniforme. Lors de la création du marché unique australien, l'on a également mis en place un mécanisme en vue d'aboutir à une législation uniforme, mécanisme composé de trois variantes :

- par le biais de la “template legislation”, l'initiative est prise par un Etat fédéré qui passe une loi dans un domaine donné. Cette loi est reprise par les autres Etats et adoptée selon les règles y applicables. La loi est ainsi la même pour tout le territoire australien, alors même qu'aucun Etat ne peut légiférer pour tout le pays. Cette méthode est utilisée pour l'harmonisation dans les domaines suivants : politique de la concurrence, sociétés et titres, normes alimentaires, transport routier et instituts financiers non bancaires.
- Par le biais d'un schéma de coopération, chaque juridiction mettra en œuvre la législation nécessaire à la transposition au niveau régional d'une initiative politique particulière. Cette approche est suivie dans les cas où une intervention législative est requise aussi bien au niveau national que régional et que l'on ne souhaite pas procéder par la voie d'une loi unique s'appliquant à tout le territoire australien.
- La Constitution australienne prévoit finalement une possibilité de renvoi des pouvoirs de légiférer des Etats fédérés vers l'Etat fédéral (article s. 51 (xxxvii) de la Constitution). Par ce biais, un pouvoir de légiférer est dès lors conféré à l'Etat fédéral (Commonwealth Parliament) dans un domaine ne relevant normalement pas de sa compétence.

Alors que les deux premières méthodes décrites ci-dessus pourraient servir de source d'inspiration en Europe et donc constituer des exemples à suivre, il est clair que la troisième méthode s'inscrit dans le cadre même de la Constitution australienne et ne trouvera son application qu'à l'intérieur de celui-ci.

Pour les besoins de cette étude, nous avons cependant également analysé la question posée en ce qui concerne un Etat fédéral européen, à savoir plus particulièrement l'Espagne.

SOUS-SECTION - 2 La situation en Europe

Nos recherches ont révélé qu'il n'y a pas beaucoup d'instruments de soft-law au niveau purement régional. Ceci s'explique, entre autres, par le fait que l'Espagne, comme beaucoup d'autres pays européens, n'a pas une vraie tradition de tels instruments. La même constatation a par ailleurs été faite pour la Belgique, où les instruments de normes douces sont également largement adoptés au niveau national. Une exception nous a été signalée en ce qui concerne le secteur de la construction où les négociations menées à ce jour l'ont été au niveau provincial. Ce qui peut s'expliquer par la nature très locale de ce secteur. En ce qui concerne ce pays, l'on peut affirmer que la structure fédérale n'est ni un moteur ni un frein aux initiatives d'autorégulation, celles-ci restants assez discrètes et s'observant par ailleurs dans les secteurs habituels (banque, publicité etc).

Il n'en reste pas moins que nous sommes arrivés à la conclusion que lorsque l'adoption de normes douces est envisagée au niveau régional, l'autorité régionale en question doit bénéficier d'une réelle autonomie pour qu'elle soit en mesure de favoriser le développement d'instruments de normes douces dans son domaine de compétences. Une autorité qui doit se soumettre à des instructions ou directives reçues d'un ministère ou d'une autorité centrale n'est pas en mesure de prendre des initiatives comme pourrait le faire une autorité autonome. Le développement d'instruments de normes "douces" ne dépend ainsi pas d'une certaine forme d'autonomie, mais de l'autonomie en tant que telle.

Un environnement décentralisé composé d'autorités régionales autonomes peut cependant favoriser le développement efficace de la “soft law” en raison du fait qu'il multiplie le nombre des décideurs indépendants qui sont capables de prendre des initiatives également de type normes “douces” dans la sphère de leurs compétences. En outre, les autorités régionales sont en général plus à même de répondre à des problèmes qui ont leur origine dans leur région. Cet élément gagne en importance au niveau de l'Union européenne : en raison des différences culturelles au sein de l'Union européenne, les autorités régionales sont plus susceptibles de détecter les besoins des consommateurs qui se dessinent sur une certaine toile de fond culturelle.

*

**

Après avoir étudié de multiples systèmes de normes douces dans de nombreux pays différents, nous parvenons à la conclusion qu’il n’existe pas de véritable typologie de la normes douces dans un environnement décentralisé. Aucun exemple significatif et un tant soit peu répandu ne peut illustrer une typologie quelconque.

Certains environnements décentralisés ne paraissent pas, par nature, plus favorables que d’autres au développement de normes douces. De même, qu’il n’y a pas, en général, d’instruments de normes douces qui fonctionnent mieux que d’autres à chaque niveau de décision.

Rien ne permet d’affirmer qu’un Etat à structure fédérale serait plus propice au développement des normes douces qu’un Etat plus centralisé et inversement. Il ne paraît pas non plus possible d’affirmer qu’il y aurait des normes douces, par nature, plus particulièrement communales, provinciales, régionales ou nationales.

Il n’y a pas par essence un niveau auquel les questions concernant les consommateurs sont plus efficacement abordées. Chaque niveau de décision a ses avantages et ses inconvénients. Une norme douce locale peut mieux “ *coller* ” aux préoccupations réelles des consommateurs et résulter d’un dialogue direct avec eux, mais la multiplication des normes décentralisées entraîne une déperdition des ressources administratives, une multiplication des coûts, et une complexité et des inégalités de protection pour les consommateurs d’un même pays. A l’inverse, la norme douce nationale peut prétendre apporter une meilleure attention des ressources, garantir l’égalité de traitement aux consommateurs dans l’ensemble du pays et une approche homogène, mais sera moins proche

des préoccupations individuelles des consommateurs et plus difficile à faire appliquer par tous.

Un arbitrage entre les différents niveaux de décision possibles se fera en fonction des circonstances nationales et historiques sans qu'on puisse en déduire une prédisposition particulière de la norme douce ou de certaines formes de normes douces. Un même type de mécanisme de normes douces peut très bien s'appliquer à des échelons très variables. L'autodiscipline des avocats en fournit une bonne illustration.

Dans certains petits Barreaux français, le règlement intérieur (déontologie) gouverne le comportement d'à peine une dizaine d'avocats et offre des garanties à quelques milliers de clients potentiels, alors que dans certains états américains, les mécanismes d'autodiscipline et de règlement des litiges sont communs à des centaines de milliers d'avocats et des millions de clients potentiels sur des territoires plus vastes que nombre d'états européens.

En règle générale, le développement de la norme douce ne tient relativement pas compte de la multiplicité des subdivisions administratives et prend pour cadre les grandes étendues géographiques et le plus souvent l'échelle du pays tout entier.

Le facteur essentiel est sans doute la notion du marché, les entreprises préférant développer une norme unique pour l'ensemble du marché plutôt que des normes différentes pour chaque subdivision régionale.

La répartition des compétences constitutionnelles a son rôle à jouer comme nous venons de le voir, mais souvent l'unicité du marché a plus de poids dans le développement des normes douces.

Dans un pays aussi fédéral que les Etats-Unis, les normes douces sont très souvent nationales alors que la répartition des compétences en faveur des états fédérés en matière de consommation aurait pu laisser penser que ce pays connaîtrait une multiplicité de normes douces locales.

Le Better Business Bureau, par exemple, est une structure nationale avec des bureaux à travers tout le pays, plutôt qu'une confédération des organismes divers.

Il existe parfois des exceptions ; même dans un pays aussi centralisé que la France, on trouve des accords locaux (par exemple, accords départementaux en matière de teinturerie), mais la tendance générale est de développer les normes douces à l'échelle du marché, qui est essentiellement national.
Le développement de la réglementation volontaire dans des secteurs transnationaux doit être favorisé afin de garantir un niveau égal et harmonisé de la protection des consommateurs dans un marché libre. Par contre, le développement de la réglementation volontaire dans les secteurs ayant seulement une importance au niveau national ou régional peut être mieux favorisé au niveau national ou régional.

SECTION - B- LE ROLE DE L'EUROPE

Le rôle de l'Union européenne dans le développement des normes douces peut s'exprimer à deux échelons différents : européen et national. Ces deux rôles comportent de nombreux points communs et se complètent.

La dimension européenne des normes est certainement la plus difficile à concrétiser, mais la stimulation des politiques nationales en matière de normes douces, par les institutions européennes, est également une question complexe.

Comment favoriser le développement de normes douces à l'échelon européen ? Peut-on y transposer les meilleures pratiques nationales ? Quels seront les acteurs de ce développement ? Les questions sont multiples. Une partie de la réponse dépendra du degré d'influence que les instances européennes pourront ou voudront avoir dans ce domaine. Une politique européenne des normes douces devrait reposer, en tout cas, sur deux axes : lucidité à l'égard des obstacles et méthodologie sérieuse.

§ 1 - Les obstacles

Une certaine lucidité est de mise, car les obstacles sont nombreux.

1.1 – Obstacles psychologiques

L'idée de normes douces européennes n'est pas accueillie avec enthousiasme par tout le monde loin s'en faut- Les réticences qui se manifestent déjà au plan national sont exacerbées par la dimension européenne (ampleur de la tâche, méfiance traditionnelle à l'égard de l'"eurocratie", etc). Rares sont ceux qui pensent qu'elles pourraient être plus effcaces au niveau européen qu'au niveau national, à l'instar du professeur Peter Helby qui affirme (il est vrai à propos de l'environnement) : " *Some advantages may even be accentuated at the European level : The flexibility may be more attractive for policy makers dealing with an economy less homogeneous than the average national economy. The co-operative aspect may be more attractive at the European level where the culture of consensus decision is stronger than at the national level ".*[185]

Au cours des entretiens que nous avons menés pour les besoins de cette étude, nous avons notamment demandé à nos interlocuteurs quel était leur avis sur l'idée même de vouloir promouvoir au niveau communautaire l'adoption de solutions de normes juridiques " douces " et quelles étaient leurs attentes, en ce qui concerne le rôle de l'Union européenne dans la mise en place de telles normes.

[185] Peter Helby, Reflections on the transferability of case study lessons to voluntary agreement schemes at the European level , exposé lors de la conférence VAIE, à Bruxelles, le 26 janvier 2000.

Les prises de position recueillies étaient très variées selon l'interlocuteur interviewé (en fait selon son appartenance à une instance étatique ou gouvernementale, à un groupe professionnel ou à une organisation défendant les intérêts des consommateurs) et sont allées de l'opposition pure et simple à l'introduction de telles mesures au niveau européen jusqu'à l'acceptation pleine et entière de celles-ci.

1.1.1 - Le point de vue d'instances étatiques ou gouvernementales :

Une administration belge a souligné son opposition à des solutions de type normes douces dans les termes suivants: *L'administration estime que la réalisation du marché unique par des "techniques juridiques adoucies " telles que les codes de conduite, charte, recommandations... risque de conduire à l 'impasse et au flou juridique et traduit un manque de volonté politique que la Belgique a toujours combattu.*

Selon cet interlocuteur, l'application de la soft-law au niveau européen n'est pas praticable. La protection des consommateurs se ferait nettement mieux par le biais de l'harmonisation des différentes législations en Europe et par l'édiction de règles claires et flexibles. Les normes douces ne pourraient être utilisées qu'en tant que complément du cadre juridique existant.

M. David GALLINA, de l'autorité italienne de la communication (AGC), dans le cadre de son exposé lors du séminaire de la Commission européenne sur les normes douces dans les télécommunications (octobre 1999) a bien résumé les principales critiques que pourrait susciter un rôle accru de la Commission :

- risque de structurer et d'officialiser le pouvoir discrétionnaire de la Commission
- risque de conflit de compétence et de légitimité avec les autres institutions européennes
- risque de remise en cause de la légitimité du rôle de la Commission.

La réticence de la part des instances de certains Etats à l'introduction de la soft law est due également au fait que l'acceptation des solutions de type norme douce varie beaucoup entre les Etats membres. Alors que ces normes sont bien acceptées en Grande-Bretagne et aux Pays-Bas par exemple, les autorités allemandes (pour ne citer que celles-ci) ne sont guère favorables à de telles solutions.

Il s’y ajoute encore que dans beaucoup d’Etats membres, il n'y a pas à proprement parler une “ culture ” des normes douces, ni même de discussions sur le sujet même. Il existe dans ces pays des instruments relevant de la soft law, mais il n’y a pas de débat théorique sur l’existence ou l’utilité de la soft law, en tant que telle.

1.1.2 - Le point de vue des organisations représentatives de consommateurs :

Pour les organisations représentatives des consommateurs, les normes douces constituent un instrument qui n'est pas nécessairement efficace.

Afin d'être efficace, chaque norme douce doit avoir un support basé sur des normes juridiques “dures”. C'est toute la question de la nécessité de l'existence d'une sanction en cas de non-respect d'une norme juridique douce. Il est évident que la méfiance de ces organisations qui peut être constatée au niveau purement national se manifestera également lorsque l'Union européenne essayera de favoriser l'adoption d'instruments de normes douces dans les domaines relevant de ses compétences. Une information préalable et approfondie des milieux concernés permettra sans doute d'éliminer certaines de ces craintes, mais non pas toutes.

Les prises de positions du BEUC, par exemple, sans être totalement hostiles sont très réservées. Depuis plusieurs années, il exprime des doutes sérieux sur la possibilité de conclure des accords européens et insiste sur le manque de volonté politique qui pourrait se cacher derrière ce genre d'initiative.

1.1.3 - La position des professionnels :

Alors qu'une méfiance plus généralisée vis-à-vis des normes juridiques douces peut être constatée du côté des représentants des consommateurs, l'acceptation de telles normes du côté des professionnels n'est pas non plus unanime.

En général, nos interlocuteurs représentant les professionnels avaient une approche différente selon qu'il est question de réglementation ou de recommandations qui émanent de la Commission européenne. Les normes du premier type sont très bien acceptées, notamment dans le domaine des télécommunications, alors que la critique est assez importante à l'égard des recommandations, lesquelles sont souvent ressenties comme une forme de réglementation déguisée (voir notamment les développements que nous consacrons aux services

d'intérêt général).

Certaines professions favorables aux normes douces à l'échelon national y sont hostiles au plan européen. Par exemple, en ce qui concerne les médias, la prise de position de la Fédération allemande de la Radiodiffusion Privée et de la Télécommunication (VPRT) est assez typique : *"une harmonisation européenne des contenus et des procédures de l'autorégulation des médias n'est ni nécessaire ni compatible avec le principe de subsidiarité" .*[186]

L'avantage des professionnels par rapport aux autres parties consultées réside dans le fait que, du moins dans certaines branches d'activités, ils ont une grande expérience des instruments de normes douces.

Certaines professions sont très demanderesses de normes européennes, y compris douces, car elles souffrent de la multiplicité des normes nationales qui rend plus compliqué l'accès au marché unique. Cela n'est pas le cas toutefois de tous les secteurs. Le commerce de détail, par exemple, n'est pas très favorable au développement de normes douces européennes.

§ 2 – Obstacles juridiques

Il n'y a pas d'obstacle juridique rédhibitoire à la création d'instruments européens de normes douces, mais plutôt une certaine incertitude juridique quant à leur portée.

1.2.1 La réception juridique

Comment situer un éventuel accord volontaire européen par rapport au droit européen et aux droits nationaux ?

La question est complexe et n'a pas fait l'objet d'un véritable approfondissement par la doctrine.

Pour les normes douces d'origine administrative (c'est-à-dire la soft law au sens du droit international public) de type recommandations, circulaire, avis etc, il existe de nombreux développements doctrinaux.

---

[186] "Les perspectives et les limites de l'autorégulation dans les médias" présenté à l'occasion du séminaire l'autorégulation dans le domaine des médias au niveau européen", Sarrebrucken 19/21 avril 1999.

Mais il ne s'agit pas là de l'essentiel de notre sujet. Comme nous l'avons précisé, par ailleurs, nous nous intéressons, dans le cadre de la présente étude, aux instruments issus des entreprises ou avec leur participation et celle des consommateurs.

Pour les normes créées par des accords européens liant entreprises, consommateurs et administrations à des degrés divers, la question reste ouverte.

Sur le plan du droit européen, la portée juridique de ce type d'accord n'est pas définie. S'il existe parfois au détour d'un texte européen une allusion aux normes douces, les instruments européens de cette nature n'ont pas de véritable statut juridique. Les lignes directrices sur la subsidiarité adoptées lors du sommet d'Edimbourg (1994) faisaient déjà référence au recours à des codes de conduite volontaires.

Sur le plan du droit national, la réception juridique d'accords européens sera semblable à celle de normes douces nationales. Comme nous l'avons vu dans la première partie de cette étude, chaque pays européen a ses techniques de réception propres. La norme douce européenne aura donc une valeur variable et un effet contraignant différent suivant le pays. Cela n'est pas très satisfaisant pour un esprit cartésien. Un accord européen pourrait avoir un effet différent suivant la nationalité du signataire. Une même norme n'aurait pas la même valeur pour une entreprise suédoise que pour une entreprise espagnole. Elle donnerait plus de droit au consommateur allemand qu'au consommateur italien.

Cette hétérogénéité de réception juridique de la norme douce européenne, si elle est gênante, n'est pas aussi dramatique qu'il n'y paraît.

Il ne faut pas oublier que l'essentiel du respect d'une norme douce réside moins dans la valeur de la norme dans la hiérarchie de normes juridiques que dans la motivation des acteurs, dans la qualité des instruments de contrôle, de surveillance et de recours mis en place par le mécanisme de normes douces.

Deux attitudes sont possibles face à ce problème : soit laisser les choses en l'état, soit compléter le droit européen. Le fait qu'une même norme reçoive des acceptions différentes suivant les pays n'est pas une situation invivable. Aux Etats-Unis, une norme douce nationale est susceptible d'interprétation différente dans chacun des 50 Etats de la Fédération. Les différences sont bien sûr moins grandes que dans les 15 Etats membres de l'Union européenne, mais elles existent néanmoins.

Cette situation n'empêche pas les normes douces de se développer aux Etats-Unis.

L'autre attitude consisterait à rechercher de nouveaux textes législatifs susceptibles d'encadrer la portée des accords européens. Si nous en jugeons par les entretiens que nous avons eus dans le cadre de la présente étude, une telle réforme législative n'est pas encore à l'ordre du jour et ne possède pas, en l'état, un soutien suffisant pour qu'elle fasse l'objet d'un examen approfondi. A ce stade, deux pistes de réflexion sont ouvertes : soit une précision dans les traités qualifiant l'accord européen, soit une directive sur les normes douces qui amènerait les Etats membres à harmoniser leurs techniques de réception.

1.2.2 Les Eurocodes

Certains de nos interlocuteurs ont évoqué l'idée de la création d'"*Eurocodes*" (par exemple, M. Jim Murray du BEUC). Cette idée peut se décliner de différentes manières qui peuvent d'ailleurs se combiner.

Dans une approche "*scandinave*", une directive fixerait un principe de "*fair trading*" ou des "*good marketing practices,*" en termes généraux. Elle pourrait renvoyer tout ou partie de la définition de ce principe à la loi nationale. Dans ce cadre juridique les Eurocodes et les normes douces nationales trouveraient tout naturellement leur place en tant qu'illustration de ce qu'est un comportement acceptable au regard du principe général. Les tribunaux nationaux pourraient ainsi faire application des règles fixées par les instruments de normes douces, dans le contexte de l'obligation générale de maintenir des pratiques commerciales loyales. Le mécanisme pourrait se rapprocher de celui de la directive sur la sécurité des produits et du principe général de sécurité qu’elle pose.

Dans une approche "*australienne*", plus ou moins inspirée de l'exemple du "*prescribed code*", une procédure serait mise en place pour faciliter la négociation d'accords européens (les Eurocodes) dans différents domaines. Une fois l'Eurocode adopté, il serait ratifié par une autorité européenne (Commission, Conseil, Parlement ?). La ratification pourrait prendre simplement la forme d'un label (sur le modèle de ce que fait l'Office of Fair Trading en Grande Bretagne) ou d'une véritable extension législative (sur le modèle de ce qui existe pour certains accords collectifs du travail).

§ 3 – Les obstacles culturels

Les différences de culture juridique, politique et économique qui existent en Europe sont suffisamment connues pour qu'il ne soit pas besoin d'insister sur ce point. Elles créent un formidable défi pour ceux qui auraient l'ambition de mettre sur pied des mécanismes européens de normes douces.

Un accord national n'est déjà pas facile à négocier, un accord européen offre des perspectives de difficultés multipliées.

1.3.1 L'accord sur l'Euro

L'accord européen sur le double affichage en Euro illustre bien ces difficultés. Il s'agit pourtant d'une réussite incontestable. Cependant l'importance des variations nationales montre que les obstacles culturels restent très pesants. L'accord en lui-même est simple puisqu'il prévoit essentiellement la distribution d'un logo européen, sous forme d'un autocollant, aux commerçants. L'affichage du logo chez le commerçant entraîne l'engagement volontaire de:

- Respecter les règles de conversion,
- Ne pas exiger de frais pour un paiement en Euro,
- Fournir des informations sur l'introduction de l'Euro,
- Pratiquer le double affichage,
- Former le personnel en contact avec la clientèle.

Le commerçant peut également prendre l'engagement supplémentaire d'accepter les paiements en euro.

Malgré la simplicité de ce "code", sa négociation et son application concrète ont été fort complexes.

En premier lieu, seuls 8 pays sur 11 ont accepté de participer à l'accord. En second lieu, pratiquement tous les pays ont introduit des variantes et des aménagements dans le cadre européen.

L'Allemagne et les Pays-Bas ont chacun adopté une version différente du code, mais n’ont pas utilisé le logo. L'Autriche a eu recours à une législation. La France a adopté le code avec une variante, mais a fait un grand usage du logo.

L'importance des variantes nationales pour un accord aussi simple et aussi européen par nature laisse à penser que la négociation d'accords européens dans des domaines plus complexes et faisant l'objet d'un moindre consensus sera ardue. L'échec de la négociation sur le crédit hypothécaire montre d'ailleurs bien l'ampleur des difficultés.

1.3.2 L'exemple du secteur de l'assurance

Une autre illustration des difficultés posées par la diversité des cultures européennes consiste à examiner l'état des normes douces nationales dans un secteur à priori favorable aux normes douces. L'exemple du secteur des assurances, dont nous avons souligné dans la première partie de l'étude qu'il était ouvert aux normes douces, montre bien cette diversité. Pour la seule question du mécanisme de recours non judiciaire offert aux assurés, les solutions nationales sont d'essence et de fonctionnement très différentes.

- Un médiateur créé par certaines compagnies ou groupes de compagnies d'assurance (France).
- Une commission créee par l'administration et la Fédération Nationale de l'Assurance (Danemark).
- Un médiateur créé par la profession et la principale organisation de consommateur (Luxembourg).
- Un ombudsman créé par la profession mais avec un statut garantissant son indépendance (Irlande, Grande Bretagne) dont les décisions sont généralement acceptées par les compagnies d'assurances.
- Au choix du consommateur, une organisation professionnelle ou une organisation de consommateurs faisant des recommandations suivies à 60% par les intéressés (Italie).
- Un bureau créé par la profession et approuvé par l'administration, ses recommandations étant suivies dans la moitié des cas (Norvège).
- Un département d'une commission administrative qui traite les réclamations des consommateurs dont les recommandations sont suivies à 100% (Suède, Finlande).
- Un Office Fédéral dont les recommandations sont suivies à environ 30% (Allemagne).
- Une commission paritaire (professionnels-consommateurs) (Pays-Bas).

Ce bref aperçu montre bien l'extrême diversité d'approches pour un même objectif, celui d'offrir au consommateur un recours non-judiciaire. Les solutions retenues vont d'une auto-réglementation unilatérale jusqu'à différents types de démembrements de la puissance publique sous

forme de commissions diverses, en passant par différentes formes d'accords volontaires et de co-réglementation.

Les résultats, tant est qu'on puisse les mesurer sous forme de taux de recommandations acceptées, ne semblent pas varier suivant l'importance de la participation de l'Etat, mais plutôt en fonction de la crédibilité de l'instrument.

L'efficacité et la vigueur des normes douces varient fortement suivant les pays.

Comme le dit justement M. Murray de BEUC (Discours du 2 décembre 1996, lors de la Conférence "Company and consumer dialogue in Europe") : "It is patently the case, … that codes of practice and volontary agreements are more effective in some Member states than in others". Mme Wallis, député au parlement européen (Grande Bretagne), souligne que le niveau d'application et le respect d'une norme douce européenne seront très variable suivant les pays[187].

Enfin, sous la rubrique de la diversité culturelle, il faut citer la représentativité des acteurs des normes douces.

La question du choix des participants à l'élaboration de normes douces européennes est une question cruciale à laquelle il n'existe aucune réponse réellement satisfaisante. Les organisations professionnelles et les organisations des consommateurs sont plus ou moins structurées et représentatives suivant les pays. Dans un accord européen, qui peut prétendre représenter l'ensemble des entreprises européennes du secteur et l'ensemble des consommateurs européens ? En réalité, personne ne peut réellement prétendre assurer une telle représentation qui reposera toujours sur une certaine forme de fiction.

Dans le cas des accords collectifs en matière de droit du travail, les syndicats professionnels ne représentent souvent qu'une minorité. Cela n'empêche pas le système de fonctionner dans des conditions satisfaisantes. Certaines voix, à propos d'Internet, notamment, proposent même de favoriser la conclusion d'accords avec les acteurs les plus significatifs ("*market leaders*") sans rechercher la représentation de l'ensemble du secteur.

[187] exposé lors du dîner débat du 13 septembre 2000 à Bruxelles sur le thème de "*New alternative approches to regulation*".

Cependant la question de la représentativité sera toujours un obstacle incontournable pour la mise en place d'accords volontaires européens. Les querelles de représentativité alourdiront et retarderont la négociation et l'application de l'accord se heurtera à ceux qui estimeront n'avoir pas été consultés ou représentés.

§ 4 – Les obstacles matériels

Compte tenu de la taille et de l'échelle de l'Europe, tout accord européen posera des problèmes matériels en termes de ressources humaines et financières. Déjà très présents lors de la négociation de l'accord, ces obstacles matériels seront encore plus importants lors de l'application de l'accord. La surveillance d'un tel accord suppose des relais dans chaque pays, de nombreux déplacements, un grand travail de collationnement et de comparaison des résultats.

Des budgets importants devront être mobilisés pour assurer le fonctionnement efficace d'un accord européen. Il est donc indispensable de vérifier, avant de lancer un projet de norme douce européenne, comment seront fournis les moyens matériels indispensables à la conception, la négociation, la mise en place, le fonctionnement et la surveillance du mécanisme. A défaut, le projet risquerait d'être mort-né.

Si, ni l'industrie, ni les administrations nationales, ni les institutions européennes ne sont prêtes à s'investir financièrement dans un secteur donné, il paraît illusoire de vouloir y créer un instrument efficace de norme douce européenne.

§ 5 Une méthodologie sérieuse

L'importance des obstacles qui entravent le développement des normes douces européennes rend une méthodologie sérieuse indispensable. La souplesse de l'instrument de norme douce ne doit pas être confondue avec la fantaisie, l'amateurisme ou la confusion.

De nombreux mécanismes nationaux de normes douces connaissent de sérieuses difficultés par manque de rigueur et de préparation.

La multiplication des difficultés par le passage à la dimension européenne doit entraîner une augmentation corrélative des soins qui doivent être apportés à la méthodologie des normes douces. Cette méthodologie peut être résumée par trois principes : rigueur, sélectivité, flexibilité.

1.5.1 - Rigueur

Nous avons détaillé dans la première partie de la présente étude les éléments constitutifs d'une méthode susceptible de favoriser les meilleures pratiques nationales, méthode que nous résumons sous le double triptyque :

- Élaboration/définition, surveillance, sanctions-voies de recours.
- Information, indépendance, participation.

Toute initiative européenne de normes douces devrait commencer par une mise à plat de la méthodologie et la vérification que tous les acteurs de cette initiative possèdent un minimum de connaissances méthodologiques et peuvent bénéficier des enseignements des meilleures pratiques. Trop de temps et d'énergie ont été consacrés par le passé sur le plan national à des projets improvisés et à des tentatives de "*réinventer la roue*". Cela doit être absolument évité, au plan européen. Une méthodologie rigoureuse doit être respectée : définition des objectifs, définition de la responsabilité de chacun, détermination du calendrier et de la hiérarchie des thèmes.

Compte tenu du faible nombre de normes douces européennes et des difficultés de leur élaboration, un maximum de précautions méthodologiques doivent être prises. Il serait particulièrement utile que chaque projet soit accompagné par un spécialiste extérieur au secteur. Ce serait en quelque sorte un professionnel des normes douces qui aurait pour rôle de vérifier la rigueur de la méthodologie, de conseiller et de faciliter la résolution des conflits, et dont la neutralité serait assurée par son absence de lien avec le secteur objet de la future norme douce. (Nous reviendrons sur ce point dans le développement consacré plus loin à l'Institut des normes douces). Il apparaît aberrant de lancer plusieurs dizaines de personnes venues de toute l'Europe dans une discussion prolongée sur un accord volontaire européen, sans qu'elles soient assistées ou guidées par un professionnel de ces techniques.

1.5.2 - Sélectivité

Contrairement à l'expérience nationale où la politique de développement des normes douces peut être multisectorielle, la politique européenne doit être sélective et ce pour plusieurs raisons.

D'abord pour des raisons pratiques, car la négociation d'un accord européen mobilise beaucoup de ressources. Les organisations européennes de consommateurs se plaignent d'ailleurs du temps employé par ce type de négociations. L'une d'entre elles nous a confié qu'elle estimait qu'en termes de temps passé un accord européen représentait une demi-douzaine de directives. Si l'on veut que les consommateurs participent à ces accords, ce qui est éminemment souhaitable, il faut en limiter le nombre. Ensuite pour des raisons psychologiques, il paraît indispensable de se concentrer sur les projets ayant le plus de chance d'aboutir. Compte tenu de la méfiance ou du manque d'intérêt pour les normes douces européennes et du nombre extrêmement limité de projets réussis, de nouveaux échecs auraient un effet désastreux sur la crédibilité de ce type de normes à l'échelon européen.

Enfin, pour des raisons d'efficacité, il paraît judicieux de choisir les secteurs ayant le plus de potentiel. Compte tenu des nombreux obstacles décrits précédemment et de la lourdeur des moyens à mettre en œuvre, il serait illusoire de vouloir tenter des expériences dans les secteurs ne réunissant pas un grand nombre de facteurs favorables.

Par exemple, pour les raisons exposées dans la première partie de l'étude, les domaines de la sécurité et de la santé sont plus difficiles d'accès pour les normes douces. La plupart des acteurs sont réticents à l'idée d'un développement des normes douces dans ces domaines.

Nous avons détaillé précédemment les composantes d'un environnement propice (environnement culturel et géographique, partenaires bien organisés, implication de l'Etat, pressions externes).

Au niveau de l'ensemble de l'Union Européenne, ces conditions seront, bien sûr, plus difficiles à réunir.

En résumé, il faudra que le secteur ait atteint une relative maturité et que les règles ou les pratiques que l'on veut adopter ou compléter par les normes douces, soient relativement homogènes. Il faudra également vérifier la présence d'une organisation professionnelle européenne

structurée et représentative. En outre, le secteur doit déjà être ouvert aux normes douces dans la plupart des Etats membres et si possible posséder une expérience de normes douces internationales de type Code européen ou code de la Chambre de Commerce Internationale.

Relativement peu de secteurs remplissent l'ensemble de ces conditions. Nous avons signalé les plus significatifs (banque-finances-assurance, publicité, techniques de vente, voyage et avec certaines réserves Internet) dans la première partie de l'étude. On pourrait, par exemple, songer à un accord en matière de publicité dirigée vers les enfants.

En ce qui concerne le commerce électronique, les services de la Commission ont commencé en mai 2000 la rédaction avec les représentants de l'industrie et des consommateurs des principes de base qui devrait comporter tout code de bonne conduite en la matière. Ces principes pourraient ensuite être diffusés sous la forme d'une recommandation de la Commission.

Quelques autres secteurs que nous n'avons pas étudiés en détail peuvent également présenter un intérêt pour le développement de normes douces européennes.

Par exemple, le secteur de l'agro-alimentaire qui est très actif en matière de normes douces techniques et dont le code de pratique pour l'emploi des allégations santé montre qu'il est intéressé par le développement de normes douces européennes, dans le domaine de la protection du consommateur. On pourrait imaginer des accords européens dans ce domaine, par exemple, sur les descriptions des produits et sur la réduction des additiifs.

C'est d'ailleurs un secteur où il existe de nombreuses normes douces techniques pour définir les caractéristiques et la qualité des produits à l'échelon européen (code Euro glace par exemple).

On peut citer également le secteur de l'hôtellerie – restauration (fédération européenne HOTREC) qui a un code de bonne conduite européen et s'intéresse au problème du tabac dans les hôtels et restaurants.

Outre les conditions exposées dans l'analyse des pratiques nationales, il convient également de rechercher si le secteur ou le projet d'accord possède un élément typiquement européen ou une composante fortement trans-frontière. Un projet d'accord européen sera d'autant plus

viable qu'il apparaîtra, par nature, correspondre à la nécessité de conclure un accord transnational. L'accord sur le double affichage en euro paraît logique compte tenu de la nature de la monnaie unique. De même, un accord sur l'identification des appels trans-frontières en matière de téléphone répond à une situation transnationale évidente. Sans que cela soit une règle absolue, un projet de ce type comporte plus de chances de succès qu'un accord qui voudrait harmoniser des pratiques nationales différentes, dans le cadre du développement du marché unique, par exemple.

De plus, si l'on veut respecter le principe de subsidiarité les normes douces européennes devront toujours présenter un avantage significatif par rapport à une action nationale[188].

La sélectivité devait également jouer en ce qui concerne la nature de l'instrument de norme douce. Les principes dégagés lors de l'étude des pratiques nationales s'appliquent également au niveau européen. Les projets qui auront des objectifs clairs, mais précis et ciblés, auront sans doute plus de chances de succès que ceux aux objectifs beaucoup plus vastes. Un projet trop ambitieux, prétendant réformer toute une profession, par exemple, ou résoudre tout un ensemble de problèmes différents va au devant de sérieuses difficultés. Il y aura, pour un tel projet, de forts risques de déboucher, soit sur un échec pur et simple, soit sur un compromis se traduisant par un code de conduite aux principes vagues et de bon aloi, sans avancées concrètes pour les consommateurs. Les normes douces fonctionnent mieux au niveau national et fonctionneront mieux au niveau européen si elles cherchent à compléter ou accompagner un texte existant, à répondre à un problème précis et bien défini. Il faut éviter de tomber dans les travers dénoncés par le WWF (World Wide Fund for Nature) à propos des accords volontaires en matière d'environnement : *" weak targets,lack of complaint systems, democratic deficit "* [189]

Encore une fois, sans que cela soit une règle absolue, il nous paraît judicieux de concentrer les efforts sur les mécanismes les plus visibles et les plus appréciés par les consommateurs, notamment les mécanismes de recours. La " cause " des normes douces à l'échelon européen a besoin de succès pour encourager de nouvelles initiatives. Trop d'échecs ou de mécanismes sans grand intérêt auraient un effet extrêmement négatif sur le développement des normes douces. Il y a donc lieu de concentrer les efforts sur les projets les plus prometteurs.

[188] Helby.
[189] Giulio Volpi et Stephan Singer, Will voluntary agreements at EU level deliver on enviromental objectives WWF Discussion paper, 26 janvier 2000.

Les mécanismes de recours, nous l'avons vu, sont parmi les mieux reconnus et perçus par les consommateurs. L'institution de l'ombudsman est particulièrement appréciée. Il existe d'innombrables mécanismes au plan national, mais très peu de choses sur le plan européen. L'EASA est un des rares mécanismes existant à ce niveau. Il y a certainement des pistes à explorer dans d'autres secteurs (dans nos développements sur les services d'intérêt général, voir ci-après, nous mentionnons la proposition de la D.G. Transport d'un ombudsman du Transport Aérien). De telles initiatives pourraient compléter heureusement les efforts de la Commission en matière de règlement extra-judiciaire des litiges, notamment la création du réseau EEJ-net.

1.5.3 - Flexibilité

Par flexibilité, nous n'entendons pas laxisme, mais ouverture à l'ensemble des solutions possibles. Les normes douces sont souvent l'objet d'attitudes purement dogmatiques qui critiquent ou encensent, par principe, tel ou tel mécanisme. Seul un esprit ouvert et la volonté d'utiliser la gamme complète des instruments disponibles sont une garantie d'efficacité Le rôle de la puissance publique européenne ne doit pas être enfermé dans un créneau unique. Suivant les secteurs, les questions à résoudre, et les circonstances, ce rôle peut aller d'un laisser-faire intelligent favorisant l'autoréglementation à une co-réglementation très stricte. L'essentiel est d'éviter une politique du tout ou rien qui serait complètement contraire à l'esprit des normes douces.

Le gouvernement canadien a proposé une typologie des rôles de l'administration dans le développement des normes douces qui peut être appliquée aux institutions européennes[190].

- Catalyseur
- Faciliteur
- Cautionnement
- Dispensateur de règlement cadres et d'appuis à la réglementation

Il nous paraît même possible de distinguer 6 rôles différents : Catalyseur, Faciliteur, Organisateur, Caution, Négociateur, et Législateur.

[190] "Les codes volontaires ", Bureau de la Consommation

3.1. Catalyseur

Cette fonction demande peu de moyens. Elle consiste à faire jaillir l'étincelle qui va conduire à la naissance d'un projet sans en assumer la gestion. Un excellent exemple est celui de la naissance de l'EASA (Alliance Européenne pour l'Ethique Publicitaire). L'EASA explique sa création par la suggestion d'un Commissaire européen. A condition de se concentrer sur les secteurs les plus prometteurs et sur des objectifs précis, la Commission pourrait certainement jouer à nouveau le rôle d'un catalyseur efficace dans d'autres secteurs. Evidemment, certains secteurs sont peu ouverts à ce genre d'initiatives et peu enclins à les exploiter, mais d'autres sont, pour des raisons qui tiennent à leur métier et à son stade de développement, demandeurs de dialogue avec les pouvoirs publics, en particulier européens.
Même dans les secteurs hostiles aux normes douces européennes, certaines initiatives sont possibles. Par exemple, pour reprendre le cas du secteur audiovisuel cité plus haut, une partie de la profession est favorable à la création d'un organisme européen de coordination des instances d'auto-réglementation pour les médias électroniques pouvant permettre les échanges de meilleurs pratiques et contribuer à une harmonisation volontaire des procédures d'auto-réglementation. De plus, comme le souligne le gouvernement canadien, " la recherche, l'analyse et les consultations du gouvernement peuvent mettre à jour des préoccupations qui inciteront à l'action ". Une organisation patronale nous a donné la vision suivante du rôle de la Commission, vision qui correspond bien à l'idée du rôle de catalyseur : En ce qui concerne le développement de normes douces européennes, la Commission doit savoir stimuler, inciter et se retirer à temps de la discussion. Son influence doit être forte au début, pour se faire discrète à la fin.

3.2. Faciliteur

Ce rôle est celui d'un agent qui fournit les moyens nécessaires pour faciliter un accord, mais n'intervient pas dans la négociation. C'est une technique bien connue, par exemple, en matière d'accords collectifs du travail. Il se traduit par la fourniture de moyens matériels tels que salle de réunion, "terrains neutres ", secrétariat, remboursement de frais, aide à la rédaction, animation des débats, etc…

3.3. Caution

Les pouvoirs publics peuvent donner une caution morale à certains accords. Nous avons évoqué les labels attribués par l'Office of Fair Trading en Grande-Bretagne ou les contrats approuvés en France. On peut imaginer que certains accords européens, à condition de respecter des conditions qui pourraient être fixées par la Commission, reçoivent un label ou une caution quelconque de la Commission. Ce pourrait être le cas pour un code européen du commerce électronique, par exemple.

3.4. Organisateur

Il s'agit ici d'organiser les structures nécessaires à l'aboutissement des normes douces. Une piste de réflexion serait la constitution de structures permanentes de rencontres entreprises/consommateurs (" plate-forme " ou forum de discussion). Une question à trancher est celle de la représentation des consommateurs. Dans la mesure où le multiplication des normes douces européennes entraînerait une mobilisation croissante des ressources des organisations européennes de consommateurs, l'administration européenne devra nécessairement faire des choix dans sa politique de développement de la représentation des consommateurs. Si l'on souhaite que les consommateurs participent à l'ensemble des futures normes douces européennes, le cadre actuel devra connaître des changements notables.

3.4.1 Promouvoir la participation des organisations de consommateurs dans l'élaboration des normes douces

A l'heure actuelle, on constate une participation extrêmement faible des organisations représentatives des consommateurs au niveau national au processus de développement et d'adoption de normes juridiques dites douces. Il est vrai que cette participation des organisations de consommateurs varie d'un pays à l'autre, mais pour la grande majorité des Etats membres, cette participation à la création et au développement des normes juridiques douces est négligeable, voire même inexistante.

Cette absence de participation joue à l'évidence en défaveur d'une acceptation des normes douces par les milieux représentatifs des consommateurs.

Comme l'a indiqué Mr Ole Just du “Danish Consumer Council” dans son rapport présenté lors du séminaire du 19 octobre 1999 à Bruxelles : En général, les organisations représentatives de consommateurs n'acceptent que les codes de bonnes pratiques à l'élaboration desquels elles ont participé Pour les associations de consommateurs, leur participation à l'élaboration des normes juridiques douces est une sorte de certification donnant des garanties aux consommateurs. Il y a, dès lors, une grande méfiance de la part des associations de consommateurs vis-à-vis de normes douces issues de l'auto-réglementation. Cette méfiance a été mise en exergue par le Bureau européen des Unions de Consommateurs dans sa prise de position intitulée “The limits of self regulation” présentée les 19-20 mars 1999 à la Conférence “Political Change for the Information Society”, organisée par la Commission européenne et le Gouvernement italien.

Si on envisage la création de plates-formes, de forums ou de commissions comme suggéré ci-dessus, on constatera que selon les pays concernés, les organisations représentatives de consommateurs pourraient être confrontées à plusieurs problèmes qu’il faudrait essayer de résoudre afin d’aboutir à une participation effective et efficace de leur part.

3.4.2 Les organisations représentatives de consommateurs confrontées à un problème de financement :

Il y a ainsi lieu de signaler qu’un grand déséquilibre existe en ce qui concerne les moyens financiers de l'industrie, d'une part, et ceux des associations de consommateurs, d'autre part. Un appui financier donné aux organismes représentatifs des consommateurs est ainsi attendu par ceux-ci et si le développement des instruments de normes douces est un objectif au niveau européen, il sera difficile de se passer d'un tel appui financier.

Bon nombre de nos interlocuteurs (en majorité des représentants d'organisations de protection des consommateurs) ont souligné que la création d'instruments de normes douces réellement efficaces coûte beaucoup d'argent. Si le financement des instances chargées de la mise au point et du contrôle de fonctionnement desdits instruments est le fait des seuls professionnels, il se pose inévitablement un problème d'indépendance. Or, c'est précisément l'indépendance d'un tel organe qui est essentielle.

Ceci ne veut cependant pas dire que l'appui financier devra provenir directement de l'Union européenne. Un tel soutien pourra également venir de la part des autorités nationales. Il est encore évident que cet appui financier devra être plus important dans les pays qui, à l'heure actuelle, ne connaissent pas ou peu les instruments de normes douces.

3.4.3 Les organisations représentatives de consommateurs confrontées à un problème de représentativité :

Le développement des instruments de normes juridiques "douces" au niveau européen risque de poser encore un autre problème aux organisations de consommateurs. L'on constate en effet une grande différence en ce qui concerne la représentativité de telles organisations ou encore leurs moyens d'actions et d'interventions selon le pays concerné.

Dans bon nombre d'Etats membres, il y a en effet une multitude d'organisations dont l'objectif consiste (ou consisterait) en la défense des intérêts des consommateurs. Ceci pose problème dans la mesure où l'on n'est jamais certain que l'organisation assise à la table de discussion a réellement le poids auprès des consommateurs qui est indispensable pour donner à l'instrument adopté le moyen d'être efficace.

Beaucoup dépendra encore du rôle que l'on entend donner à l'avenir au consommateur dans la protection de ses propres intérêts.

3.4.4 Définir le rôle du consommateur dans la protection de ses propres intérêts:

La volonté de développer les normes douces dans les matières relevant de la protection des consommateurs se base sur la prémisse que le consommateur émancipé est cru capable de se débrouiller lui-même en se servant des informations adéquates existantes.

Ainsi l'approche du National Consumer Council est basée sur la présomption que les consommateurs sont les meilleurs juges en ce qui concerne leurs propres intérêts. Il estime que l'auto-réglementation que peuvent engendrer les codes volontaires permet de définir les objectifs à atteindre, de déterminer et d'adopter des règles de conduite, qui faciliteront le contrôle du comportement des différentes parties qui seront liées par ces règles.

Aux Etats-Unis d'Amérique, les systèmes d'auto-réglementation qui sont considérés comme étant les plus efficaces sont ceux qui mettent l'accent sur l'éducation du consommateur. Il est ainsi important que les problèmes et les sujets d'intérêt dans un secteur donné soient traités et rendus publics par le biais d'une information aux consommateurs. Les systèmes qui donnent aux consommateurs la possibilité de porter plainte directement et qui donnent un " feedback " sur les sujets importants pour les consommateurs connaissent un succès plus important que ceux qui ne sont pas suffisamment structurés pour pouvoir offrir un remède pour le consommateur individuel.

Cette idée de promouvoir l'information et l'éducation du consommateur dans le but de lui permettre la préservation de ses droits est par ailleurs reprise textuellement à l'article 129A du traité instituant la CE.

L'Europe devra choisir entre un effort financier supplémentaire important en faveur des organisations européennes de consommateurs ou la création de nouvelles formes de représentation. La participation des consommateurs à la création de mécanismes européens de normes douces, à leur fonctionnement et à leur contrôle suppose des moyens financiers importants en terme de permanents, de missions d'experts et d'actions de formation. A défaut, il faudrait envisager de remplacer ou de compléter la fonction de représentation du consommateur par une entité non issue des organisations nationales de consommateurs : une fondation subventionnée ou une administration indépendante de type " ombudsman " à la suédoise. Il s'agit là d'une décision politique.

3.4.5 La participation démocratique

De plus, cette politique devra intégrer une réflexion sur la participation démocratique aux mécanismes de normes douces. Si la participation des représentants des consommateurs donne une certaine légitimité démocratique aux normes douces, la question du rôle de la représentation démocratique élue n'est pas résolue. On peut notamment s'interroger dans le cadre de normes douces européennes sur le rôle du Parlement européen. Par exemple, Mme Wallis, député européen, s'est plainte du fait que les parlementaires européens n'avaient pas accès aux négociations de normes douces européennes.[191]

[191] dîner-débat sur les alternatives à la législation

Si les normes douces se développent, il faudra certainement trouver une solution pour associer les élus à ce développement. Le professeur Scott propose[192] :

- un rapport annuel au Parlement
- un code universel pour les normes douces (avec des principes telles que transparence et indépendance)
- des délégués indépendants chargés de surveiller l'application des accords
- une concurrence entre organismes d'autoréglementation.

M. Alastair Tempest dirigeant de la FEDMA (marketing direct) propose que les accords ou codes soient élaborés par les professionnels, puis soumis aux organisations de consommateurs et ensuite approuvés par la Commission. Ils seraient enfin soumis à l'examen d'un comité de sages comprenant entre autres personnalités qualifiées des parlementaires[193].

3.5. Négociateur

L'administration européenne peut également envisager de jouer dans certains cas un rôle de négociateur, soit pour assumer le rôle de représentation des consommateurs et négocier directement avec les professionnels, soit pour conduire, à son terme, une négociation difficile entre entreprises et consommateurs.

3.6. Législateur

Nous avons déjà analysé ce rôle dans le développement consacré aux obstacles juridiques, nous y reviendrons en ce qui concerne le rôle de l'Europe dans les normes douces nationales.

Il nous paraît certain que ce rôle devra être exercé en ce qui concerne les normes douces. Bien que légiférer en matière de normes douces paraisse toujours un peu antinomique, un cadre juridique minimal est souhaitable pour fixer les limites et les effets de la norme douce. Quelques pistes de réflexion tirées d'exemples de techniques législatives intégrant des normes douces méritent d'être explorées.

[192] exposé devant le Parlement européen
[193] entretien

3.6.1. La Loi portugaise

Une réflexion dans ce sens a été menée par le législateur portugais (loi 24/96 du 31 juin 1996) en ce qui concerne les accords de bonne conduite :

1- Les associations de consommateurs peuvent négocier avec les professionnels ou leurs associations représentatives des accords de bonne conduite ayant pour but de régler les relations entre eux.
2- Les accords visés à l'article précédent ne peuvent violer les normes impératives de loi notamment celles de la loi sur la concurrence, ni inclure des dispositions moins favorables aux consommateurs que celles que la loi prévoit.
3- Les accords de bonne conduite, conclus avec des associations de consommateurs d'intérêt général obligent les professionnels ou représentants à l'égard de tous les consommateurs qu'ils soient ou non des membres des associations signataires.
4- Les accords susvisés doivent être rendus publics notamment par affichage dans les établissements commerciaux et par tout autre moyen d'information approprié.

3.6.2 La loi américaine

La loi américaine fournit un autre exemple de technique d'encadrement de la norme douce dans un esprit très différent de la loi portugaise. Il s'agit d'une loi (1990) sur la réglementation " négociée ". Cette technique se rapproche plus de la réglementation que des normes douces, mais elle mérite d'être citée car elle introduit un élément de consensus et de méthode douce dans la réglementation.

L'administration constitue un groupe de travail composé de représentants des groupes affectés par la réglementation projetée et présidé par un médiateur. Le groupe de travail tente d'arriver à un consensus sur un projet de texte qui est ensuite publié et ouvert aux commentaires et critiques. Ce n'est qu'au terme de ce processus que l'administration peut adopter la réglementation.

3.6.3 Droit de l'environnement

Le domaine de la protection de l'environnement a donné lieu à un certain nombre d'accords volontaires et à la création d'un début de cadre juridique européen pour ce type d'instruments. Il est donc intéressant de rappeler en quoi consiste ce cadre. Il pourrait servir de point de départ d'une réflexion sur ce que pourrait être un cadre pour les normes douces, en matière de protection du consommateur.

Le 5e plan d'action en matière environnementale de la Commission européenne (30 mars 1992)[194] encourage les accords volontaires et souligne la nécessité d'élargir la gamme des instruments. La communication de la Commission au Conseil et au Parlement (27 novembre 1996) fixe des lignes directrices pour l'utilisation efficace des accords volontaires et examine les conditions dans lesquelles elles peuvent permettre la transposition de certaines dispositions de Directives et intervenir à l'échelon européen[195]. Enfin, la décision du Parlement et du Conseil sur le 5e plan d'action (24 septembre 1998) affirme que la communauté développera, utilisera ou encouragera une gamme plus large d'instruments et que les accords volontaires feront l'objet d'une attention spéciale[196].

Rappelons, qu'outre les accords volontaires visés ci-dessus, il existe d'autres instruments européens de normes douces tels que les éco-labels[197] et programmes d'éco-management et d'audit[198].

Il existe trois accords européens en matière de réduction des émissions de gaz carbonique des véhicules automobiles conclus avec les producteurs européens (1998), coréens (1999) et japonais (1999)[199].

La Commission prépare un projet de règlement cadre sur les accords communautaires en matière d'environnement qui traitera du contenu et des procédures d'adoption de tels accords.

---

[194] Com (92) du 3/4/1992 ratifié par la résolution 93/c/138/o du Conseil.
J.O. C 138 du 17/5/93, p.1
[195] Com (96) 561 du 27/11/96
[196] Décision N°2179/EC ; OJL 275 du 1/10/98, p.1
[197] Règlement du Conseil N° 880/92 du 23/3/92, J.O. L 99 du 11/4/1992, p.1 remplacé par le règlement N°1980/2000 du 17 juillet 2000
[198] Règlement du Conseil N° 1836/93 du 29/6/93, J.O. L 168 du 10/7/93
[199] Recommandations de la Commission 1999/125/CE, J.O. L 40 du 13/2/99 p.49 ; 2000/303/CE, J.O. L 1000 du 20/4/2000, p.55 ; 2000/304/ce, J.O. L 100 du 20/4/2000 p.57

3.6.4 Droit Social

Pour augmenter l'efficacité des normes juridiques douces, l'idée a été évoquée de s'inspirer du système applicable en matière de conventions collectives de travail. Celles-ci lorsqu'elles sont adoptées, ont une force réglementaire et s'imposent à toute la catégorie professionnelle concernée et non seulement aux seuls signataires de l'accord. Le régime proposé s'apparente en quelque sorte à la situation ayant existé lors de l'adoption de la directive relative à l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l' UNICE (Union des confédérations de l'industrie et des employeurs d'Europe), le CEEP (Centre européen des entreprises publiques) et la CES (Confédération européenne des syndicats) le 14 décembre 1995, qui prévoit des prescriptions minimales sur le congé parental et l' absence de travail pour raisons de force majeure. La directive communautaire qui avait été adoptée en l'occurrence se bornait à mettre en œuvre l'accord tel que conclu par les partenaires sociaux, annexé à la directive.

En résumé, la fonction législative européenne en matière de normes douces pourrait s'exercer principalement suivant deux axes : l'encadrement général des techniques de normes douces et l'encadrement spécifique de chaque secteur par des règles de base intégrant la possibilité de les compléter par des normes douces.

Le désengagement de l'Etat dans lequel s'inscrit le développement de normes douces ne veut pas dire l'effacement de l'Etat. Un encadrement législatif et une surveillance attentive seront toujours nécessaires. La plupart des futurs acteurs des normes douces en sont parfaitement conscients. Ainsi la Fédération européenne des opérateurs publics de Télécommunications (ETNO) affirme : " *soft law could be a useful instrument at pan-European and Member State level once binding law has been implemented. Soft law can be used as a flexible and rapid legalistic technique but, in order to ensure legal certainty and clarity, it must be based on binding norms. In order to ensure the consistency of the regulatory approach throughout the Union while also allowing for national adjustments, soft law may be used as a means to illustrate how certain norms should be applied.* "
Cette position rejoint celle des organisations de consommateurs qui insiste sur la nécessité préalable d'un cadre législatif pour toute initiative de norme douce.

SOUS-SECTION - 2 L'Europe et les politiques nationales en matière de normes douces

Comment envisager le rôle des institutions européennes dans le développement des normes douces dans les Etats membres ? Ce rôle sera bien sûr multiple. On pourrait reprendre la typologie canadienne évoquée à propos du rôle de la puissance publique européenne, mais la fonction de faciliteur/négociateur serait sensiblement réduite puisque la Commission ne peut pas participer à des milliers de projets de normes douces à travers l'Europe. Il paraît plus simple de distinguer trois grandes missions que les institutions européennes pourraient assumer dans le cadre d'une politique visant à favoriser le développement de normes douces efficaces dans les Etats membres :

- Légiférer pour faciliter la mise en place des normes douces
- Constituer un laboratoire d'idées
- Jouer le rôle d'un garde-fou

§ 1- La fonction législative

Comme il a été indiqué précédemment, il règne à travers l'Europe un certain flou en ce qui concerne la valeur juridique des normes douces. Il serait utile de clarifier leur statut et d'en légitimer l'usage dans les pays où existent les plus grandes réticences à l'égard de ce type d'instruments. Outre les solutions évoquées dans notre développement précédent sur la dimension européenne des normes douces, une possibilité serait de multiplier les références aux normes douces dans la réglementation européenne. Des directives pourraient se référer à des normes douces ou renvoyer à l'élaboration de tels instruments pour transposer en droit interne certains des principes de la directive. C'est déjà une façon d'asseoir la crédibilité des normes douces. Un exemple récent est fourni par la directive sur le commerce électronique dont le renvoi à des codes de bonne conduite est une forme de légitimation de ceux-ci. D'autres directives prennent soin de respecter les mécanismes de normes douces existants, par exemple, la Directive sur la publicité mensongère[200].

[200] Directive 97/55/CE du Parlement et du Conseil du 6 octobre 1997 modifiant la directive 84/450/CEE : " *La présente directive n'exclut pas le contrôle volontaire, que les Etats membres peuvent encourager, de la publicité trompeuses ou comparative par des organismes autonomes ni le recours à de tels organisems par les personnes ou organisations visées à l'article 4 s'il existe des procédures devant de tels organismes en sus des procédures judiciaires ou administratives visées audit article* "

Toutefois, la transposition d'une directive par des normes douces implique de vérifier si des restrictions à l'adoption de telles normes n'existent pas à la fois sur le plan européen et dans les législations nationales.

1.1) La situation au niveau communautaire

Sur le plan européen, la réponse donnée par un auteur belge[201] peut être résumée comme suit :

Selon l'article 189 § 3, devenu l'article 249 du Traité CE, la transposition d'une directive n'exige pas une intervention du législateur dans chaque Etat membre de l'Union européenne, puisqu'il est laissé aux " instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ". Les principes fondamentaux du droit constitutionnel ou du droit administratif pourraient rendre cette transposition par des moyens légaux ou administratifs inutile. Cette possibilité serait cependant soumise à la condition que lesdits principes assureraient une application effective et complète des dispositions de la directive par les autorités nationales. En outre, la situation juridique découlant de tels principes (dans le cas où la directive a pour objet de créer des droits au profit des particuliers) devra être suffisamment claire et précise pour que les bénéficiaires de la directive soient capables de prendre connaissance de tous leurs droits et qu'ils puissent, au besoin, imposer le respect de ceux-ci devant les juridictions nationales.

Selon le contenu de la directive, un contexte juridique général pourrait être suffisant, si celui-ci assure effectivement l'application complète de la directive d'une manière suffisamment claire et précise, afin que les particuliers puissent connaître tous leurs droits découlant d'une telle directive et invoquer ceux-ci devant le juge national si nécessaire. De ce point de vue, l'exécution d'une directive au moyen de règles techniques sans force juridique contraignante serait insuffisante pour la transposition correcte d'une directive au niveau national.
Ce point de vue est par ailleurs rejoint par un auteur néerlandais qui considère la directive comme étant l'instrument idéal pour favoriser une auto-réglementation soumise à certaines conditions[202] .

[201] G. Straetmans : " Consument en Markt : Onderzoek naar de rechtspraak van de consument op de interne Europese markt
[202] Dr. Ph. Eijlander : " Zelfregulering en wetgevingsbeleid "

La directive 97/7/EC sur la vente à distance offre déjà (article 11-4) aux Etats membres l'option de la surveillance par des organismes d'auto-réglementation du respect des dispositions de la directive et d'ajouter le recours à ces organismes aux moyens de faire respecter ces dispositions. La future directive sur la récupération des véhicules automobiles en fin de vie ira jusqu'à se référer explicitement à la possibilité de transposer certaines de ces dispositions par des accords nationaux[203].

La " promotion " active des solutions de type norme " douce " pourrait cependant aussi se faire par le biais de recommandations visant un secteur déterminé De telles recommandations ont déjà donné lieu à l'adoption dans des Etats membres de normes dures (par exemple en Espagne), elles pourraient à fortiori l'être par des normes douces nationales. Toutefois, si les Etats membres peuvent accepter qu'il soit procédé par voie de recommandations, ces dernières sont moins acceptées par l'industrie elle-même.

Certains de nos interlocuteurs ont ainsi exprimé l'avis qu'au moyen de recommandations, la Commission réussirait à imposer son point de vue, dans un domaine donné, sans pour autant être astreinte au respect des procédures de consultation et de débat accompagnant l'adoption des normes juridiques dures. Cette forme de "soft law" serait en réalité contraignante et constituerait une sorte de législation sans contrôle.

Le reproche fait à de telles mesures est celui de reposer sur le flou, entraînant par là même le risque d'une incertitude juridique. Par ailleurs, se poserait également la question du déficit démocratique au cas où les instruments de normes douces sont pris dans des domaines où l'intervention du Parlement européen était requise. Une telle évolution sera alors ressentie comme une tendance vers un processus législatif européen non démocratique. Cette critique rejoint donc celle exprimée par l'administration belge citée ci-dessus et l'on revient ici à la question de l'efficacité, de la légalité et de la légitimité des normes juridiques douces.

Il est encore certain que le fait de procéder au niveau communautaire, par voie de recommandations, présentera le désavantage que l'on se servira d'un instrument qui ne lie pas, qui n'a pas force contraignante et qui n'est donc pas source de droit au sens strict du terme.

[203] Voir J.O. C 317 du 4/11/99 p.19

Cependant, il ne faut pas exagérer la critique de la recommandation. L'usage de la recommandation de doit pas être systématiquement objecté. La recommandation N°98/257 sur les principes que devraient respecter les mécanismes extra judiciaires des litiges est vite devenue un texte de référence et a été acceptée sans grande difficulté.

La technique de la recommandation permet de formaliser certains principes de référence et de servir de point de repère. Elle peut être entourée d'un large débat. L'exemple cité plus haut des travaux de la Commission, sur les principes de base des codes de bonne conduite en matière de commerce électronique, illustre bien les avantages d'une recommandation. La Commission européenne devra analyser les conséquences d'un tel choix sur l'effet juridique des moyens utilisés et la force obligatoire des objectifs fixés.

Si l'instrument choisi au niveau européen est celui de la recommandation, est-ce que la position de l'Union européenne, en particulier de la Commission européenne, ne se trouvera pas affaiblie ? N'y aura-t-il pas, dans certains domaines, retransfert des compétences (du moins de celles relatives à la détermination des détails) aux Etats membres ou encore à des instances inférieures et même dans certains cas non étatiques ?

Un élément de réponse pourra être trouvé dans l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes (Grimaldi c/ Fonds des maladies professionnelles, affaire 322/88), dans lequel la Cour a souligné que les recommandations pouvaient avoir certains effets juridiques, bien que non directement applicables, ni obligatoires. Les juridictions nationales seraient cependant tenues de "*prendre en compte les recommandations en vue de la solution des litiges qui leur sont soumis*". Notamment lorsqu'elles sont de nature à éclairer l'interprétation d'autres dispositions nationales ou lorsqu'elles ont pour objet de compléter des dispositions communautaires ayant un caractère contraignant.

Après une compilation des meilleures pratiques et un large débat, le fait que l'élaboration de ces principes débouche éventuellement sur une recommandation ne nous paraît pas choquant. Les organismes nationaux pourront ensuite s'y référer.

1.2) La situation au niveau national :

Si l'on se réfère à la situation existante dans les différents Etats membres, on constate qu'en Belgique, il n' y a aucune restriction pour la transposition en droit interne d'une directive. Il n'existe pas d'obligation de recourir à une loi.

Par contre, au Luxembourg, une loi spéciale (loi du 9 août 1971) dispose que l'exécution et la sanction des décisions et des directives des Communautés européennes en matière économique, technique, agricole, forestière, sociale et en matière de transports se fait par règlement d'administration publique, avec obligation d'obtenir l'avis du Conseil d'Etat, des chambres professionnelles intéressées et avec l'assentiment de la Conférence des Présidents de la Chambre des Députés. La transposition d'une directive au moyen d'un instrument de norme douce, dans ces domaines, risquerait dès lors d'être contraire à cette loi.

La problématique qui existe à ce sujet est également bien illustrée par le cas de l'Allemagne, où l'adoption d'instruments de normes douces risque de se heurter à la nécessité de respecter le principe fondamental du respect des libertés reconnues par la Constitution allemande (" *grundrechtlich gewährleistete Freiheiten* "), à la nécessité de munir les mesures adoptées d'une base légale conforme aux exigences de la Constitution (" *Gesetzesvorbehalt* ") ainsi qu'à l'exigence du respect des dispositions nationales du droit de la concurrence.

L'adoption d'accords volontaires peut ainsi s'accompagner d'une renonciation volontaire à certaines libertés fondamentales, ce qui a pour conséquence que la garantie du respect de ces libertés par la Constitution ne sera plus effective.

La Constitution allemande prévoit en outre que certaines décisions du pouvoir exécutif ne peuvent être prises qu'avec l'assentiment du Parlement. La légalité de la mesure envisagée exige dès lors qu'elle soit prise dans une certaine forme (loi, règlement, etc). Il s'agit là de l'exigence de la clarté, de la sécurité et de la continuité de la règle de droit dans un Etat de droit. Cette exigence est également prévue par les règles constitutionnelles d'autres pays, de sorte qu'il y a dans certains domaines une impossibilité absolue de procéder par voie d'adoption de normes douces. Dans le même ordre d'idées, l'on doit envisager la question du risque d'une délégation non autorisée du pouvoir législatif ou réglementaire à des institutions ou organisations non étatiques.

Une telle délégation de ces pouvoirs est inadmissible en droit constitutionnel aussi bien en Belgique qu'au Luxembourg.

Ces trois exemples démontrent qu'il faudra vérifier dans chaque Etat membre s'il existe des empêchements constitutionnels ou légaux à la transposition de directives européennes au moyen d'instruments de normes douces.

1.3) Une directive sur les normes douces

Enfin, une autre approche de la fonction législative serait d'élaborer une directive obligeant les Etats membres à introduire dans leur législation nationale un texte sur les normes douces et leurs effets en droit interne. Sans imposer un cadre unique et en laissant chaque Etat libre de donner un cadre adapté aux normes douces, en fonction de ses pratiques nationales, une telle directive aurait le mérite d'obliger chaque Etat à définir une politique en matière de normes douces. Cette politique n'existe pas pour l'instant dans de nombreux Etats européens.

§ 2- Le Laboratoire d'idées

L'une des missions essentielles des institutions européennes, dans le cadre d'une politique de développement des normes douces dans les Etats membres, sera de créer une véritable réflexion chez les futurs acteurs de ces normes et de lancer un vaste débat. A l'échelon européen, la " soft law " n'est pas un thème nouveau, mais dans les Etats membres, les normes douces sont peu connues, en dehors d'un nombre limité de pays et d'un petit cercle de spécialistes. Il manque un laboratoire d'idées, une véritable force de promotion et d'information.

Il existe un intérêt pour les normes douces, intérêt parfois sceptique, mais intérêt tout de même. Cependant, l'information est cloisonnée. La méconnaissance des différentes pratiques est importante. Nous avons souligné, dans la première partie de l'étude, la confusion qui régnait en matière de vocabulaire et la stérilité de certains débats, de ce fait. Nous avons ressenti chez nos interlocuteurs une demande importante d'information, de conseils, de points de comparaison et de méthodologie qui n'est pas satisfaite à l'heure actuelle.

Pour stimuler véritablement les normes douces en Europe, la politique de laboratoire d'idées, que nous suggérons, devrait reposer sur les mots-clés suivants :

- Recherche
- Décloisonnement
- Définition
- Débat
- Information / Promotion

2.1) *Recherche*

La recherche est pour l'instant très limitée dans ce domaine. En particulier, la question de la mesure d'efficacité n'est presque pas traitée. Elle fait pâle figure en comparaison avec la recherche sur l'efficacité des accords volontaires en matière d'environnement qui mobilise des centaines de chercheurs à travers le monde. Pour encourager le développement des normes douces, il est indispensable de pouvoir donner en exemple des expériences réussies. Or, ces réussites ne seront irréfutables que si leurs résultats sont mesurés par des instruments de mesure sérieux. De solides recherches sur l'évaluation de la méthodologie efficace seraient les bienvenues. La mise en place de démonstrations ou de projets pilotes serait également très utile. Les institutions européennes devraient encourager la recherche nationale et européenne sur ces questions.

2.2) *Décloisonnement*

La réflexion sur les normes douces souffre d'un triple cloisonnement par secteur, par pays et par thème. Avant d'aborder la spécificité du droit de la consommation en Europe ou dans tel pays ou tel secteur, il serait utile de posséder les enseignements du fonctionnement de la norme douce en général. Jusqu'à un certain point, les conditions de développement, la méthodologie, et le fonctionnement des instruments sont les mêmes, quel que soit le thème abordé (la consommation, l'environnement ou l'éthique). Il est donc regrettable que l'étude et le débat sur les normes douces soient systématiquement cloisonnés. Comme souligné précédemment, l'approche canadienne multidisciplinaire est sans conteste préférable.

Les Institutions européennes devraient promouvoir une approche multidisciplinaire et inciter leurs différents services à coopérer sur la réflexion et le débat en la matière.

2.3) *Définition*

La question de la définition est en apparence une question de détail, mais elle constitue néanmoins un obstacle sérieux dans le développement des normes douces en Europe, ainsi qu'il a été exposé précédemment. La Commission a déjà avancé dans sa réflexion sur ce point.
Il serait souhaitable qu'il existe, au niveau de la Commission, une définition publique et unique pour chacun des trois ou quatre termes essentiels en matière de normes douces, et que cette définition soit diffusée auprès de l'ensemble des pays membres.

2.4) *Débat*

L'équipe de Lex Fori a assisté à un certain nombre de débats organisés par des organismes divers, sur le thème des normes douces. Ces débats lui sont apparus particulièrement utiles car ils réunissent des personnes qualifiées qui sont arrivées à des stades de réflexion très différents les uns des autres. Le fait d'être confronté à des conceptions et des fonctionnements différents des normes douces est un puissant stimulant de la réflexion.

Il conviendrait de multiplier ce genre de débats sous de multiples formes (séminaires, journées, conférences, colloques, réunions d'organismes divers, etc) qui pourraient être organisés par les institutions européennes ou par de nombreuses organisations à la demande de la Commission. Il serait également intéressant de répéter les débats les mieux réussis sous forme de conférences itinérantes afin d'assurer une large couverture géographique. Enfin, le débat devrait également être encouragé dans la presse et au sein de la doctrine, par la publication d'articles et de communiqués.

2.5) *Information / Promotion*

Information et promotion sont intimement liées. Le développement de normes douces efficaces passe par la diffusion d'informations. Les acteurs et futurs acteurs des normes douces souhaitent, dans leur vaste

majorité, disposer de conseils pratiques, d'une méthodologie et d'exemples de meilleures pratiques.

Dans la mesure où très peu d'Etats-membres ont une politique d'information en la matière, une action concrète d'information venant des institutions européennes serait certainement utile à la promotion des normes douces.

Une telle action pourrait reposer sur le collationnement et la diffusion des meilleures pratiques, sur la rédaction de modèles et de guides pratiques comme cela s'est fait en Grande-Bretagne, en Australie et au Canada. Ces informations seraient diffusées par les canaux habituels (brochures, site Internet, publications diverses, etc.)

Il serait également judicieux d'instituer une coopération administrative étroite entre la Commission et les administrations nationales pour faire circuler les informations dans les deux directions, de et vers les administrations nationales.

2.6) *Actions concrètes*

Nous formulons six suggestions concrètes, qui pourraient être entreprises par la Commission.

2.6.1 Favoriser la création de banques de données " normes douces ":

D'une façon plus générale, il faudrait également favoriser la création d'une banque de données contenant les informations nécessaires sur les différents instruments de normes douces existant dans les Etats membres (information secteur par secteur et/ou pays par pays). Le Gouvernement australien par exemple a créé une base de données sur les codes australiens qui est accessible à partir de son portail internet pour les entreprises (Business Entry Point). Cette banque de données pourrait par ailleurs prévoir un lien vers la banque de données, sur les organes de règlement extrajudiciaire des litiges existant au niveau des pays membres, prévue par la Recommandation de la Commission 98/257/CE (règlement extrajudiciaire des litiges concernant des consommateurs). Certains de ces organes sont en fait issus de l'auto-réglementation, de sorte que les deux aspects sont, du moins pour partie, liés.

2.6.2 Favoriser l'établissement d'un guide de l'utilisateur des normes douces :

Nous avons été frappés lors de la tenue du séminaire sur la " Soft law " et l'Europe, organisé par l'Académie Européenne de Trèves en novembre 1999 à Bruxelles, par une question posée par un des négociateurs du projet d'accord européen sur le crédit hypothécaire qui demandait au " panel " des orateurs, dans lequel figuraient des représentants de la Commission européenne, du Conseil et du Parlement européen, une méthodologie et des lignes directrices. Aucune réponse précise n'a été apportée à sa question.
La démarche de la rédaction d'un guide est également parue indispensable à plusieurs gouvernements nationaux différents (essentiellement anglo-saxons), par exemple, " code kit " en Australie. Or, ce type de guide n'existe pas dans la plupart des pays européens.

Le besoin d'une méthodologie et d'instruments pédagogiques appropriés tels que guides, mémentos, compilation des meilleures pratiques est très net. C'est par exemple l'une des recommandations de la Better Regulation TaskForce:"*The Government should develop, and publish, guidance for policy makers on the use of alternatives to state regulation*"[204].

Il nous paraît dès lors utile que la Commission puisse mettre à la disposition des personnes intéressées un guide pratique sur les normes douces. Ce guide pourrait contenir à la fois des conseils sur l'élaboration de mécanismes nationaux et européens. Il comporterait aussi bien des conseils sur la méthodologie que sur le contenu même des normes.

Lorsque l'on entend miser à l'avenir sur le consommateur " éclairé ", il est certain que l'information du consommateur sur les instruments existants ou créés revêtira une très grande importance. A cet sujet, l'on pourrait également s'inspirer de pratiques existantes au niveau national. Ainsi, par exemple, les accords de la vente directe qui ont été conclus en Suède par la Fédération Suédoise de la vente directe avec le " Consumer Board " comprennent des annexes composées de textes d'informations destinés d'une part aux consommateurs et d'autre part aux vendeurs. Il s'agirait dès lors de favoriser la mise en place d'une information plus ciblée, c'est-à-dire tenant compte aussi bien du secteur concerné et des personnes censées appliquer ces normes que du consommateur visé. Le guide devrait comporter une rubrique sur ce thème et des exemples de textes d'information de ce type.

[204] Better Regulation Task Force p.27

2.6.3 Organiser un processus de consultation à grande échelle :

L'on pourrait également envisager un processus de consultation semblable à celui qui est en train d'être mené par une "Taskforce on Industrial Self-regulation" en Australie auprès du "Minister for Financial Services and Regulation". Le rôle de cette Taskforce en Australie consiste à faire des recherches et d'établir des rapports sur les aspects de l'auto-réglementation dans les domaines intéressant les consommateurs ("aspects of self-regulation in consumer markets"). Le rapport définitif de cette Taskforce devrait être disponible à la fin de l'année 2000.

L'aspect extrêmement méthodique de la consultation entreprise par la Taskforce mérite d'être souligné :

- Envoi systématique de courriers à tous ceux susceptibles d'être intéressés
- Réunions de présentation dans tout le pays
- Publication du projet de rapport avec un appel à commentaires
- Tournée de débats dans de nombreuses villes

La cinquantaine de contributions de diverses organisations adressées à cette Taskforce témoigne de l'intérêt suscité par cette démarche.

L'intérêt démocratique et pédagogique d'une telle consultation nous paraît évident dans une entité comme l'Europe, sensiblement moins homogène que l'Australie. Elle permettrait de sensibiliser les acteurs, de les informer et de les pousser à la réflexion. Nous avons vu précédemment que, dans de nombreux pays et secteurs professionnels, cette réflexion est encore très embryonnaire.

2.6.4 L'Institut européen des normes douces

L'absence sur la scène européenne d'un point de rencontre, d'un forum pour le développement des normes douces est regrettable. Compte tenu de l'importance que les institutions européennes voudraient donner aux méthodes alternatives de législation et aux multiples références à la " soft law " qui émaillent désormais les discours européens, cette absence se fait ressentir de manière frappante. Dans les nombreuses réunions, colloques, séminaires et autres manifestations sur le thème des normes douces, aucun orateur n'est en mesure de présenter une

vision globale de la question reposant sur une réelle expérience, chacun parlant de son secteur ou de son pays. L'EASA (European Advertising Standards Alliance) représente sans doute l'organisme le plus universel en la matière, mais il ne représente que le secteur de la publicité.

Ce point de rencontre pourrait prendre la forme d'un Institut Européen des Normes Douces. Il ne s'agit que d'une appellation, d'une hypothèse parmi d'autres. Peu importe qu'il s'agisse d'un bureau, d'une commission, d'un institut, d'une cellule ou d'un Monsieur (ou Madame) normes douces. L'important est qu'il existe un point de rencontre, un forum, un centre d'information, un porte-parole pour les normes douces. Cette entité pourrait avoir les missions suivantes :

- Susciter et animer le débat sur les normes douces
- Recueillir et diffuser l'information notamment sur les meilleures pratiques
- Dialoguer avec les différentes entités jouant un rôle actif dans les normes douces, telles que Office of Fair trading, E.A.S.A., Administrateurs de codes nationaux, Fédérations professionnelles européennes ayant un code européen, etc. et assurer des échanges d'information et d'expérience.
- Rencontrer les administrations nationales pour y promouvoir les normes douces
- Répondre aux demandes d'information et de conseils
- Assurer une formation aux techniques de normes douces notamment auprès des associations de consommateurs, fonctionnaires nationaux, etc
- Participer en tant que conseiller, médiateur, animateur au projet européen de normes douces (cf. notre développement sur la dimension européenne de la norme douce)
- Susciter et participer à la recherche.

Eventuellement, il serait possible de donner à cet institut un rôle particulier dans la supervision et la gestion des mécanismes européens de règlement extrajudiciaire des litiges. Ce rôle pourrait s'inspirer de celui de la fondation néerlandaise des commissions des litiges (voir notre rubrique atlas chapitre 2). Rappelons que cette fondation chapeaute 28 commissions spécialisées qui règlent les litiges chacune dans une branche d'activité précise. On pourrait imaginer de regrouper certaines activités de résolutions des litiges dans le cadre de l'institut, par exemple, l'initiative EEJ-net. Certains organismes européens spécialisés dans le traitement de litiges trans-frontières tel que l'EASA (publicité)

pourraient participer aux travaux de l'institut et siéger dans son conseil d'administration dans l'hypothèse où l'institut prendrait la forme d'une structure juridique indépendante.

L'institut européen des normes douces pourrait prendre plusieurs formes. Il devrait réunir deux ou trois personnes et donc ne pas nécessiter un budget très important. Nous proposons deux façons de le réaliser.

Une première approche serait de constituer une cellule administrative, sur le modèle de ce qui est fait par le Ministère canadien de l'Industrie, bureau de la Consommation, où un petit nombre de fonctionnaires a pour mission de communiquer sur le thème des accords volontaires. Pour éviter les déperditions et doubles emplois, il serait judicieux que cette cellule ne se limite pas aux normes douces en matière de protection du consommateur, mais comme la cellule canadienne, s'intéresse également aux autres formes de normes douces, par exemple en matière d'environnement. Il serait logique de réunir deux ou trois fonctionnaires provenant de directions différentes de la Commission.

Une seconde approche, qui aurait l'avantage de ne pas impliquer de création ou de redéploiement de poste budgétaire sur fonds publics, serait de constituer une entité privée, en s'inspirant du modèle de l'EASA. Il serait valorisant de doter l'entité d'un conseil d'administration où auraient leur place les représentants de consommateurs et de l'administration au côté des représentants du commerce et de l'industrie européens. Compte tenu de son budget modéré, l'institut pourrait espérer se financer par les cotisations des fédérations professionnelles et éventuellement une subvention publique, compte tenu de sa mission d'intérêt général.

2.6.5 Réfléchir à l'utilisation d'outils d'information électroniques pour réduire l'information asymétrique

L'un des problèmes majeurs pour le consommateur est l'information asymétrique - c'est-à-dire le déséquilibre d'information qui existe entre le vendeur de produit ou de service et le consommateur. Le consommateur a souvent peu d'informations sur la qualité, et plus rarement sur le prix, du bien ou du service qu'il achète. Le droit de la consommation a multiplié les dispositions pour que le consommateur puisse disposer d'une bonne information préalable : affichage des prix, étiquetage des

produits, notices, réglementation de la publicité, contrôle technique des véhicules, etc. Les normes douces ont également contribué à cette information, notamment par la création de labels de qualité, par l'usage de normes techniques offrant une mesure des caractéristiques des produits, par la protection de certains titres professionnels (professions libérales). Cependant, l'information asymétrique est toujours présente, notamment pour les biens ou services complexes (produits électroniques, services juridiques ou médicaux). Hormis les explications du vendeur, le consommateur moyen dispose de peu de sources d'information. Il y a bien sûr les magazines d'association de consommateurs (de type Which ?, Que Choisir, Test Achats, etc.), mais ceux ci ne couvrent pas, et de loin, tous les produits existants sur le marché.

Un des éléments clés de la protection du consommateur est l'information. Le directeur de l'Office of Fair Trading va jusqu'à dire qu'au sens large, l'absence d'une bonne information est la cause de toutes les atteintes au droits des consommateurs[205].

Or les mécanismes d'information du consommateur sont souvent les parents pauvres des mécanismes de normes douces qui proviennent des droits pour les consommateurs, des voies de recours, mais plus rarement la possibilité concrète pour eux de s'informer sur les entreprises participantes, et sur la qualité des produits et services.

Ce n'est que petit à petit que les acteurs des normes douces commencent à développer des instruments spécifiques d'information (autres que les classiques brochures et dépliants) : centre d'information, numéro vert, service d'orientation (de type "clearing house") chargé d'aiguiller les réclamations des consommateurs vers des organismes divers souvent issus de normes douces.

Il existe un besoin important d'une information fiable et indépendante.

L'exemple du régulateur des télécommunications britannique (OFTEL) est cité dans notre développement sur les services d'intérêt général. Le fait de persuader les opérateurs de publier leurs indicateurs de performance a permis de réduire l'asymétrie de l'information et de faciliter la comparaison des opérateurs par le consommateur.

[205] John S. Bridgeman

L'arrivée massive de l'Internet dans les foyers pourrait modifier de façon sensible les données du problème et renouveler l'approche de la protection du consommateur[206]. L'exemple du Better Business Bureau, développé précédemment, montre que les consommateurs sont demandeurs d'une information sur les entreprises avec lesquelles ils traitent. L'Internet permet de mettre beaucoup plus facilement à leur disposition ce type d'information et bien d'autres encore. De plus, l'économie d'internet fait que des entreprises privées, et non seulement des organisations de consommateurs, commencent à mettre en place ce genre de service.

Il existe déjà des sites commerciaux qui comportent des annuaires d'entreprises, en faisant figurer une rubrique contenant le nombre de réclamations enregistrées les concernant ainsi que des sites qui permettent de comparer les prix et les caractéristiques de produits et de services. Certains sites ont déjà une certaine sophistication. Par exemple, en Grande-Bretagne, dans le domaine des travaux de rénovation et d'amélioration de l'habitat, on peut citer deux sociétés qui permettent au consommateur de s'assurer du sérieux du professionnel.

"Home Pro".com vérifie que les entreprises sélectionnées ont au moins trois ans d'existence, pas de casier judiciaire et un bon dossier financier. Il fournit également un "carnet de notes" de dix clients pris au hasard et qui note la qualité du travail, la ponctualité, la politesse et le rapport qualité - prix de l'entrepreneur. Les brebis galeuses ne sont plus référencées sur le site. "Improveline.com" fournit un service similaire. Le service est gratuit pour le consommateur et offre même des garanties appuyées par un système d'assurance.

Evidemment il ne s'agit que d'une première étape, ce type de mécanisme est encore très imparfait. De nombreuses questions restent à résoudre. Par exemple, celle du conflit d'intérêts d'une société qui vit des cotisations des entreprises qu'elle doit sélectionner. Mais ces expériences doivent inciter les pouvoirs publics, notamment européens, à réfléchir à de nouvelles formes d'action en faveur des consommateurs mettant en œuvre les nouvelles technologies de l'information.

Plusieurs axes de réflexion sont possibles. Une première attitude serait simplement de laisser le marché évoluer librement et de compter uniquement sur lui pour que de puissants et efficaces instruments d'aide à l'information du consommateur se développent. Une autre attitude plus

[206] Grâce à de nouveaux “ infomédiaires ”, les consommateurs verraient leur coût de recherche d’information dans un environnement complexe diminuer de façon sensible. (John Hagel and Marc Singer, “ Net worth : Shaping Markets When Customers Make the Rules ”. Boston : Havard Business School Press, 1999)

volontariste serait de créer des instruments publics européens d'information électronique. Par exemple, un portail du consommateur européen où chaque consommateur européen pourra consulter, dans sa langue maternelle, des banques de données d'information sur les caractéristiques de différents produits et services et les appréciations positives ou négatives des utilisateurs, ainsi que le "casier judiciaire de consommation" des entreprises.

Une attitude médiane consisterait pour les institutions européennes relayées par les administrations nationales à tenter d'encadrer le développement d'instruments privés de ce type, soit par des normes réglementaires, soit par des normes douces. On pourrait, par exemple, s'inspirer de la recommandation sur les mécanismes extrajudiciaires de résolution des litiges. Des principes clairs devraient être posés, en matière de conflits d'intérêts, de transparence, d'indépendance financière, et de fiabilité et de lisibilité des informations. Un système de logo/label pourrait permettre au consommateur d'identifier les sites sérieux.

2.6.6 Un Better Business Bureau européen

Nous avons souligné l'intérêt que représente pour le consommateur l'institution du Better Business Bureau en Amérique du Nord : facilité d'accès, notoriété, implication des entreprises, absence de coût pour le trésor public, etc. Une réflexion sur la création d'un Better Business Bureau européen serait certainement bénéfique. Bien entendu, l'Europe n'est pas les Etats-Unis et il existe des obstacles à la création d'une telle structure, tels que la diversité linguistique et la concurrence d'autres organismes, associations de consommateurs, structures publiques de protection du consommateur, etc.

Certes, il paraît difficile de reproduire tel quel ce modèle. S'il voyait le jour en Europe, il devait faire l'objet d'adaptations significatives. On pourrait imaginer, par exemple, de faire participer au conseil d'administration d'une telle structure des représentants des consommateurs et des pouvoirs publics. Mais, il n'en demeure pas moins qu'il y a place en Europe pour une structure généraliste pour promouvoir de meilleures pratiques commerciales à l'égard des consommateurs et qui s'appuierait sur l'adhésion des entreprises. Jusqu'à présent, l'utilisation des ressources des entreprises et la promotion des entreprises " citoyennes " se sont faites essentiellement dans des cadres spécialisés, notamment par secteur.

Un cadre plus général et une “ enseigne unique ” auront l’avantage de donner plus de visibilité à la nouvelle structure, de pouvoir faire participer un grand nombre d’entreprises et de dégager des ressources importantes.

Comme nous l’avons déjà indiqué dans la suggestion précédente (voir point 6.5), les consommateurs sont demandeurs d’information sur la réputation et le sérieux des entreprises avec lesquelles ils traitent. Ce besoin n’est pas véritablement satisfait à l’heure actuelle. La création d’un B.B.B. européen serait un pas important vers l’objectif d’une meilleure information du consommateur et la diffusion des pratiques les plus saines, au sein des entreprises au contact des consommateurs.

3 - Garde-fou

Le rôle de garde-fou des institutions européennes pourrait, notamment, s’exercer dans deux domaines : celui du droit de la concurrence et celui de la “ surveillance de la surveillance ”.

Un rôle important incombe aux autorités tant européennes que nationales de contrôler la mise en œuvre des instruments de normes “ douces ”. En effet, la préparation et l’adoption d’un code de bonne conduite ne pose pas, dans la plupart des cas, un obstacle insurmontable. C’est lors de l’application du code que les difficultés surgissent.

L’adoption de certaines règles applicables à la commercialisation de certains produits peut ainsi avoir un effet restrictif sur la concurrence. La Commission aura, accompagnée par les autorités nationales, à rester vigilante en ce qui concerne les risques d’ententes préjudiciables à la concurrence que pourront présenter les accords européens et nationaux.

A cet égard, la Commission européenne dispose d’un pouvoir important et d’instruments indispensables pour ce faire. Les dispositions des articles 85, 86 et 90 du Traité ayant institué la CE (ancienne numérotation) sont en effet les moyens indispensables permettant de contrôler que les acteurs n’abusent pas des pouvoir qui leur sont conférés. Un tel contrôle accru devra alors également être fait, si l’on veut éviter que certains acteurs économiques ne deviennent trop puissants et créent des accords, qui ne répondent nullement aux objectifs fixés par les autorités européennes et / ou nationales et qui ont simplement pour effet de leur apporter des avantages concurrentiels, qui

ne trouvent aucune justification dans la protection des intérêts des consommateurs.

En ce qui concerne la surveillance de l'efficacité des normes douces, il s'agit, nous l'avons vu dans la première partie de l'étude, d'une fonction primordiale sans laquelle les normes douces perdent l'essentiel de leur signification. Bien entendu, il ne saurait être question pour les institutions européennes de surveiller des milliers de normes douces nationales. Ce rôle appartient aux autorités nationales, et surtout aux administrateurs des mécanismes de normes douces. Ce rôle devrait également appartenir aux signataires des accords volontaires. L'Europe a déjà intégré l'idée d'une action collective des associations de consommateurs et de différents organismes pour faire respecter les directives européennes en matière de consommation (Directive 98/27/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation, en matière de protection des intérêts des consommateurs). Ce rôle devrait également, à notre sens, être étendu aux fédérations professionnelles, avec bien entendu certaines garanties d'absence de comportements anticoncurrentiels. Cette fonction appliquée aux normes dures pourrait être étendue aux normes douces, à condition qu'elles bénéficient d'une réception juridique complète.

Mais rien n'empêche la commission de s'enquérir régulièrement auprès des autorités nationales et des fédérations professionnelles européennes de l'état de la surveillance exercée, dans le cadre des mécanismes les plus significatifs. La consultation d'un échantillon de rapports annuels devrait permettre d'avoir une idée du degré de sophistication et d'efficacité des principaux mécanismes. Ce contrôle informel permettrait de sensibiliser les acteurs nationaux à l'importance de la surveillance et de la mesure de l'efficacité des normes douces, d'informer les autorités européennes sur les progrès des normes douces dans les Etats-membres, et d'identifier les secteurs ou pays susceptibles de besoins d'information et de conseil accrus.

* *

*

Une politique des normes douces pour l'Europe devra forcément être multiple et flexible. La norme douce est par essence consensuelle et diverse. C'est encore plus vrai à l'échelle de l'Union européenne.

La pratique des normes douces en Europe est infiniment diverse. Chaque pays a une vision très différente du mécanisme idéal et des meilleures pratiques. Quel rapport trouver entre une approche scandinave fondée sur un dialogue direct administration / professionnels, une approche anglo-saxonne fondée sur des mécanismes élaborés d'indépendance, une approche néerlandaise fondée sur un règlement paritaire (professionnels / consommateurs) des litiges et les approches françaises et allemandes, souvent appelées à vaincre la méfiance des organisations de consommateurs, voire des autorités publiques.

Cette politique, bien que multiple sur le terrain, devra cependant procéder d'une certaine unicité de direction se traduisant par une définition claire des concepts et du vocabulaire et un point de référence central sous forme d'un corpus d'expérience et de principes méthodologiques affichés. Des définitions et une réflexion de départ unique à vocation pluridisciplinaire et inter-services seraient préférables au cloisonnement actuel. Cette unicité aura pour justification la prévention des confusions, des gaspillages de moyens et d'énergie dans des doubles emplois.

Elle ne devra pas rechercher cependant l'uniformité dans la pratique sur le terrain qui devra au contraire prendre de multiples visages pour s'adapter aux conditions locales et aux circonstances.

En outre, l'objectif principal d'une telle politique ne devra pas être l'élaboration de normes douces par principe, pour " faire des normes douces ", mais plutôt la prise en compte par les pouvoirs publics, les professionnels et les représentants des consommateurs de la possibilité de recourir, le cas échéant, aux normes douces. Il ne faut jamais perdre de vue que l'objectif final est l'amélioration de la protection du consommateur et de la qualité des biens et services qu'il consomme, et non la réalisation d'instruments ou de normes de tel ou tel type.

L’objectif d’une politique de normes douces est de développer les normes douces efficaces, par la prise de conscience des décideurs et des futurs partenaires d’accords volontaires de l’utilité et des avantages de ce type de norme. Il leur appartiendra ensuite, en fonction des objectifs précis de leur politique de consommation, de voir si la norme douce pourrait être un moyen d’y parvenir, en combinaison avec les autres moyens de la politique publique.

En d’autres termes, l’objectif d’une politique des normes douces est que les décideurs se posent systématiquement, lorsqu’ils examinent une réponse réglementaire à un problème quelconque, la question du recours éventuel à des normes douces.

En ce qui concerne les modalités pratiques d’une telle politique au niveau de l’Union Européenne, que nous venons d’explorer, elles pourraient se résumer ainsi : Après en avoir défini le cadre avec rigueur, il conviendra d’en parler le plus possible, de multiplier les échanges et les expériences.

TROISIEME PARTIE : Le développement des normes douces dans le domaine des services d'intérêt général.

INTRODUCTION

Les institutions européennes ont déployé des efforts importants dans le développement des services d'intérêt général[207] (comprenant les secteurs des télécommunications, des services postaux, du transport, de l'électricité et de l'audiovisuel) et dans leur ouverture à la compétition, afin de garantir aux consommateurs des services de haute qualité, aux meilleurs prix. Mais cette augmentation d'activité législative correspondant à l'ouverture de ces marchés, n'a pas été accompagnée de mesures de protection des consommateurs, leur assurant la sûreté et la qualité des services proposés.

Les consommateurs de produits continuent de bénéficier de standards de protection communautaire supérieurs à ceux des consommateurs de services. Si l'on veut que les consommateurs de services(et plus particulièrement des services d'intérêt général) aient accès à la justice pour faire sanctionner le défaut de qualité ou de sécurité des services défectueux, l'on doit envisager l'introduction d'une législation plus générale pour la protection du consommateur, concernant la responsabilité des fournisseurs de services et la sécurité de ces services ou bien l'introduction d'une législation générale complétée par différentes législations spécifiques.

Le rôle assigné notamment par l'article 16 du traité d'Amsterdam aux services d'intérêt général et les droits spéciaux qui en découlent devraient rendre compte des valeurs inhérentes au concept de service public, tout en assurant les autres impératifs tels que la protection de l'environnement, la cohésion sociale et économique, l'aménagement du territoire et la promotion des intérêts des consommateurs.

L'intérêt principal des consommateurs est d'obtenir des services de haute qualité à des prix abordables. Les caractéristiques de ce secteur économique spécifique doivent aussi être prises en compte car elles vont avoir des répercussions importantes sur l'économie et sur la société ; elles réclament l'utilisation d'énormes ressources ou de gros investissements à long terme. Ils reposent sur certains principes de base qui sont la continuité, l'égal accès, l'universalité et l'ouverture.

[207] Services qualifiés par la Commission dans sa communication du 20 septembre 2000 (p. 3) de " élément clé du modèle européen de société ".

Les intérêts du public sont au centre de toutes ces questions, ce qui comprend, dans nos sociétés, la garantie de l'accès aux services essentiels, et la poursuite d'objectifs prioritaires. Les services d'intérêt général ont pour but de servir la société dans son ensemble et toutes les personnes qui en font partie.

Le succès de ces services tient au choix de la meilleure législation, permettant d'assurer tous ces objectifs.

Traditionnellement cette législation était présente dans la gestion des services publics et laissait peu de marge de manoeuvre aux normes non législatives. Aujourd'hui, petit à petit, l'idée se fait jour que les normes douces devraient jouer un rôle dans l'organisation de ces secteurs et en particulier dans les relations avec les usagers des services publics.

Au niveau européen, par exemple, dans l'industrie de la communication, de nombreuses voix s'élèvent pour dire que des lois très détaillées et inflexibles, c'est-à-dire de la " hard regulation ", ne sont pas les plus appropriées à un secteur changeant rapidement de nature. Changer les lois ou en adopter de nouvelles serait une perte de temps. La rapidité des changements est telle que, même à un niveau national, le travail législatif est trop lent. Toutefois, les consommateurs, et les autorités publiques européennes restent persuadés de la nécessité d'un cadre législatif minimum, mais dans l'hypothèse de l'aboutissement de la libéralisation des marchés et du développement des normes douces.

Dans le marché de la communication électronique, des dysfonctionnements nécessitant une action rapide et décisive de l'autorité réglementaire peuvent apparaître. Cette action doit offrir des certitudes légales ou pour permettre le développement du marché et la réalisation de nouveaux investissements en toute sécurité. Les différents stades de développement des marchés, dans chaque Etat membre, montrent que de nombreux problèmes vont se poser à des moments variables dans les Etats membres. Les dispositions obligatoires pourront être appropriées pour certains Etats membres et non pour les autres. L'hétérogénéité des situations est renforcée par le fait que certains Etats membres continuent d'octroyer des dérogations qui vont à l'encontre de la pleine libéralisation de leur marché des télécommunications.

En conclusion, la future structure réglementaire devra être construite de façon très flexible.

Flexibilité ne veut pas dire toutefois absence de cadre législatif. Si un mécanisme efficace de normes douces doit être développé, il doit s'appuyer sur un cadre législatif précis.

Quel est le chemin à parcourir pour arriver à un tel résultat ?

Les normes douces sont très peu développées, en règle générale, dans les services d'intérêt général. Les principaux acteurs ont le plus souvent très peu à dire sur le sujet. Pour beaucoup la réflexion ne fait que débuter.

Il est même arrivé que les questions posées par Lex Fori dans le cadre de la présente étude, soit l'un des facteurs déclencheurs d'une réflexion dans le secteur concerné.

En ce qui concerne les organisations de consommateurs, le lecteur ne devrait pas être surpris de ne pas les trouver citées fréquemment dans les pages qui suivent. Il ne s'agit pas là d'un parti pris "pro-entreprise", mais simplement le reflet du fait que les organisations de consommateurs n'ont généralement pas une position sur les normes douces spécifiques aux services d'intérêt général.

L'organisation britannique de consommateurs, le National Consummer Council a consacré plusieurs brochures à des prises de position détaillées sur la déréglementation dans les services d'intérêt général. Il n'y est pratiquement jamais question de normes douces. Au Portugal, un membre du conseil d'administration de la principale organisation de consommateurs du pays a déclaré à l'équipe de Lex Fori[208] : "*Nous n'avons pas de position spécifique aux services d'intérêt général, en ce qui concerne les normes douces*".

Sur le plan européen, il n'existe pas de prise de position détaillée en la matière.

Par exemple, dans l'avis du 6 décembre 1999 du Comité de Consommateurs (Comité consultatif de la Commission) sur l'introduction du concept de service universel dans les services d'intérêt général les normes douces ne sont pas évoquées. Pourtant, il est plusieurs fois fait allusion à des thèmes propices aux normes douces tels que " la participation active des consommateurs aux processus décisionnels " et " la mise en place de systèmes gratuits et conviviaux de traitement des plaintes ".

Il est donc raisonnable de penser que l'attitude actuelle des organisations de consommateurs à l'égard des normes douces dans les

[208] *Source entretien*

services d'intérêt général est la même qu'à l'égard des normes douces en général, prudente et circonspecte.

Nous allons examiner successivement le développement des normes douces dans les secteurs suivants : les télécommunications, le domaine audio-visuel, les services postaux, les transports et le domaine de l'énergie.

CHAPITRE I – LES TELECOMMUNICATIONS

SECTION - I- LA SITUATION EUROPEENNE

Si les opérateurs sont généralement au début de leur réflexion en ce qui concerne les normes douces et la protection des consommateurs, ils ont historiquement, depuis les débuts du téléphone, une expérience des normes douces en matière technique, normes indispensables pour créer un réseau international.

Les recherches existantes en la matière montrent le besoin d'harmonisation de la réglementation des industries de télécommunication, à travers toute l'Europe. Mais il ne pourra être satisfait de façon homogène car chaque Etat membre, comme nous l'avons vu précédemment, a un marché différent avec des niveaux de compétition et de cultures différentes. Quoi qu'il en soit, la réglementation devrait être capable de refléter la structure des différents marchés, en tenant compte de la compétition et de la vitesse à laquelle elle se développe dans les différents marchés.

Il semble qu'il y ait une place pour une certaine forme de normes douces au niveau européen, mais celles-ci devront être appliquées de façon très générale et seulement par une autorité supérieure ; par exemple : les consommateurs devraient au moins avoir accès à un système efficace de réclamations. L'industrie elle-même, en collaboration avec les organisations de consommateurs, devrait choisir comment implanter ces structures pour éviter l'obstacle des différences culturelles et en Europe. L'Union européenne devrait participer activement au développement des normes douces dans les Etats membres en promouvant la recherche et la connaissance dans chaque secteur.

En général, l'approche prévisible de la future réglementation des infrastructures des communications et des services qui lui sont associés, est d'adapter la législation actuelle autant qu'il est possible. L'intensification de la compétition incite à encourager encore plus l'autoréglementation par les acteurs industriels. La standardisation est un bon exemple d'un domaine où l'autoréglementation est la plus appropriée ; c'est à ceux qui utilisent et qui bénéficient des standards de les développer et de les agréer.

Une nouvelle réglementation au niveau européen sera proposée seulement dans les domaines où elle sera essentielle, par exemple, dans les marchés qui ont démontré leur incapacité à améliorer la qualité et le prix des services et après une consultation publique.

Le principal objectif de la structure réglementaire actuelle est de créer un marché “ pro-compétitif ” et de compléter le marché interne des services de communication. D'autres objectifs dans la structure actuelle, émanant directement ou indirectement des objectifs du Traité, couvrent la protection des consommateurs, les réseaux trans-européens, l'accès aux ressources rares, la protection des données de la vie privée, le service universel, les principes concernant les tarifs et la transparence au niveau des prix, l'interconnexion et l'intemporalité. A partir du moment où les lois seront fondées sur ces objectifs, elles recevront l'agrément de tous. La réglementation actuelle pour les télécommunications inclut des dispositions variées pour permettre et stimuler le passage à un marché compétitif.

Une fois que le marché sera devenu pleinement compétitif, ces dispositions n'auront plus lieu d'être. Pour l'instant, pour inciter les autorités réglementaires nationales à prendre plus de décisions, une structure puissante et claire est nécessaire au niveau européen. Elle assurerait la cohérence des décisions prises par les autorités réglementaires nationales. L'absence de certitudes légales et l'incohérence de la réglementation gênent les investissements, entravent la croissance et finalement réduisent le choix des consommateurs et la compétitivité.

La position des consommateurs, telle exprimée par la plupart des organisations de consommateurs se cristallise autour de réclamations concernant le coût du téléphone mobile, l’absence de baisse du prix du téléphone fixe en ce qui concerne l’abonnement résidentiel et les communications locales, et les contrats d’abonnement en particulier pour le téléphone mobile. Ouverture des marchés à la

concurrence, quoique positive, ne suffit pas dans leur esprit à régler toutes les questions de coût et de qualité de service.[209]

Le rôle des normes douces, admis dans une certaine mesure pour la réglementation de l'Internet, suscite peu d'intérêt. L'accent étant mis sur l'intervention de l'autorité régulatrice. La présentation du représentant des consommateurs danois lors du séminaire d'octobre 1999 sur les normes douces et les télécommunications illustrait bien cette position. Il ne manifestait aucune hâte ni enthousiasme à quitter les mécanismes mis en place par la puissance publique pour une version " douce " de ceux-ci.

Lorsque les associations de consommateurs acceptent, ce qui est rare, d'envisager en détail comment il conviendrait de développer les normes douces dans le secteur des télécommunications elles insistent sur le rôle des pouvoirs publics[210]. Elles partent du constat qu'actuellement les normes douces développées dans le secteur sont essentiellement unilatérales sans participation des consommateurs.

La puissance publique devrait donc intervenir pour créer un cadre de développement des normes douces intégrant l'obligation pour les opérateurs de créer des instruments spécifiques tels que Charte de service, mécanisme de résolution des litiges, etc. Ces instruments devraient être négociés avec les consommateurs.

La tendance actuelle, parmi les opérateurs de ce secteur, est de dire que s'il y a toujours eu des normes douces dans le domaine des télécommunications, il faut tout de même noter que, dans les cinq dernières années, il y a eu un grand développement de la législation. Il semblerait, selon eux, que l'Europe ait besoin de faire un pas en arrière, et ils font remarquer que les diverses réglementations prescrites et maintenant obligatoires, étaient déjà en place sur un fondement volontaire au Royaume-Uni et cela depuis les sept dernières années. Quand les directives sont trop " lourdes ", les recommandations européennes sont largement ignorées, affirment-ils.

---

[209] *L'association australienne de consommateurs, "Consumer's Telecommunications Network" affirme "Often quality of service and profitability do not go hand in hand"*

[210] *Source entretien : Association de Usuarios de la Comunicacion, Espagne*

De plus, les industries sont largement internationales par nature, ce que la plupart des consommateurs ne perçoivent pas.

Pour eux, ce secteur restera toujours national. Les plaintes les plus fréquemment reçues par l'OFTEL, l'organisme de régulation du Royaume-Uni, montrent que les consommateurs ne voient pas que les difficultés de connexion lors des appels internationaux sont un problème international, dont la responsabilité n'incombe pas nécessairement au fournisseur britannique.

Ceci illustre bien que les consommateurs doivent toujours sentir qu'ils sont protégés au niveau national.

SECTION - II- EXEMPLES NATIONAUX

Grande-Bretagne

L'OFTEL pense que, puisque des dispositions détaillées ne sont pas appropriées à la nature de secteur, peu de problèmes peuvent être réglés par les normes douces seules, car la protection du consommateur ne serait plus adéquate. Dans certains domaines il sera toujours nécessaire de recourir à des mesures gouvernementales et, dans ce cas là, des organismes de régulation, tel que l'OFTEL, devront prendre des mesures et assurer leur conformité.

L'OFTEL a demandé aux opérateurs téléphoniques d'élaborer des codes contenant les standards de qualité des services que les consommateurs sont en droit de demander et les solutions permettant de résoudre les cas où les standards élaborés ne sont pas respectés.

C'est un bon exemple d'une autorité régulatrice nationale usant de son influence pour mettre en place une utilisation efficace des normes douces (l'OFTEL n'a pas actuellement le pouvoir d'obliger les opérateurs à fournir ce type d'information, mais l'ensemble des opérateurs a été obligé, par le poids de la pression morale, à se conformer aux souhaits de l'autorité).

D'un autre côté, l'OFTEL n'a pas suffisamment ou pas du tout, utilisé ses pouvoirs législatifs pour résoudre les litiges des consommateurs et le plus souvent nié que ces pouvoirs existent. La négociation et le marchandage sont des outils encourageants dans ce domaine, qui peuvent permettre une réelle avancée. La perte de confiance des consommateurs dans les techniques de réglementation n'incite pas assez à utiliser des remèdes renforcés et même les pouvoirs disponibles.

Les codes d'autoréglementation négociés ou du moins discutés, formellement ou non, entre les industriels d'un côté et le gouvernement et les organisations de consommateurs d'un autre côté, sont relativement peu pratiqués.

Cette catégorie inclut aussi les procédures où les représentants de l'intérêt *public* ou du *consommateur* participent à l'application de ces codes. Dans le domaine des télécommunications, un exemple de cette procédure, en Grande-Bretagne, est la réglementation par ICSTIS (the Independent Committee for the Supervision of Standards of Telephone Information Systems) des meilleurs taux de connections pour les communications téléphoniques.

Selon le National Consumer Council, la négociation d'un code avec les consommateurs ou leurs représentants n'implique pas nécessairement la participation des consommateurs ou de leurs représentants à son application.

Un exemple d'un code de bonne pratique auquel les fournisseurs de télécommunications ont adhéré, est le Code of Practice of British Telecommunications Plc (BT). Ce code a été publié après une consultation avec le Directeur Général des Télécommunications, en accord avec une condition de l'autorisation d'exploitation de BT. Le but proclamé de ce code est de fournir des informations sur les plaintes, les services, les factures et les prix.

France

En France, le développement des normes douces est des plus limités.

La pratique de France Télécom, le plus important des opérateurs, s'articule autour de deux points.

D'une part, des tables rondes sont organisées qui abordent les problèmes actuels. Ces réunions rassemblent les opérateurs, l'administration, l'Autorité de Régulation des Télécommunications et les consommateurs. (colloque sur les mobiles organisé par l'ART, dialogue avec la Direction de la Concurrence sur les clauses abusives, dialogue avec le Ministère de l'environnement sur l'implantation des antennes pour le téléphone mobile).

D'autre part, le service des consommateurs de France Télécom est l'interlocuteur des usagers. Ce service qui, selon France Télécom offre une autonomie suffisante, transmet les doléances des usagers aux autres services. Il assume également une mission de formation des représentants des associations de consommateurs.

L'action la plus aboutie de France Télécom, en matière de normes douces, est à mettre à l'actif de ce service. Il s'agit d'une charte des clients, conçue en concertation avec les associations de consommateurs

France Télécom estime que la concurrence devenant de plus en plus réelle, il n'y a plus besoin d'avoir de textes spécifiques au secteur des télécommunications. Si dans le cadre d'une situation de monopole une réglementation spécifique est nécessaire, elle ne l'est plus aujourd'hui. Les règles doivent être les mêmes que pour le droit de la consommation en général.

En matière de télématique (minitel depuis 1974) il existe un Conseil Supérieur de la Télématique. Dans le cadre de cet organisme consultatif, les professionnels ont élaboré des normes d'éthique pour lutter contre les pratiques commerciales douteuses et les comportements délictueux.

Sur le plan européen, France Télécom est plutôt hostile à la “ Soft Law ” dans sa version DG XIII (télécommunications). Dans son mémorandum sur le “ Review 99 ” la DG XIII envisageait de donner une plus grande place à la “ Soft la ” sous deux formes différentes, autorégulation et recommandations de la Commission.

Si France Télécom ne peut qu’approuver la première forme, elle est très critique à l’égard de la seconde. (L'ETNO, Fédération d'opérateurs publics européens, formule une critique semblable en insistant sur le risque de recréer une réglementation sclérosante et trop détaillée.) Elle considère que les recommandations de la Commission sont une forme de réglementation déguisée. La Commission peut ainsi imposer son point de vue, sans être astreinte aux procédures de consultation et de débat qui accompagne les autres formes de réglementation. Cette forme de “ Soft Law ” est, de fait, contraignante et constituerait une sorte de législation sans contrôle.

En effet, les autorités nationales et les juridictions ont tendance à suivre les recommandations de la Commission et à s’y référer, comme s’il s’agissait de véritables normes législatives. Cependant ces normes restent susceptibles de contestation du fait de leur manque de base légale. Il y a là matière à incertitude.

Selon France Télécom, *“ si une souplesse est nécessaire, elle n’implique nullement un quelconque laxisme, en terme de définition juridique. Or le concept flou de “ soft régulation ” comporte clairement des risques d’incertitude juridique. Un droit clair, des règles assorties de responsabilités précises, des procédures transparentes demeurent indispensables. Le recours à un dégradé erratique entre la loi et les pratiques jurisprudentielles imaginées par un régulateur, national ou européen, qui n’aurait plus à subir un contrôle législatif, ni à suivre des procédures transparentes ne constituerait pas un progrès.*

En l’absence d’une implication effective des pouvoirs politiques, un tel édifice réglementaire reposerait sur du flou. On peut noter qu’il serait nécessairement transposable (sur quelle base, avec quelle légitimité ?) et de surcroît il serait contestable ce qui ne priverait pas le cadre d’une fiabilité et d’une prévisibilité suffisantes. ”

Par ailleurs, l’autorité régulatrice française (A.R.T) reste relativement perplexe en ce qui concerne le développement des normes douces, en particulier au plan européen.

L’attente de l’ART, à l’égard des administrations françaises ou européennes, se situe plus en termes de grandes lignes directrices, et de “ benchmarks ”, c’est-à-dire de partage des meilleures pratiques, que de normes douces.

Sur le plan national, l’A.R.T. n’utilise la “ soft law ”, ou exactement des méthodes douces à base de négociations et d’avis, que pour provoquer les décisions qu’elle n’a pas le pouvoir de prendre.

Elle convoque de façon informelle les opérateurs pour leur demander de prendre une décision, afin de répondre à un souhait de l’opinion publique.

Par exemple, sur la question des tarifs des appels des postes fixes vers les postes mobiles, l’ART a obtenu en 1999, grâce à une table ronde, une baisse de 20%, sans aucune contrainte.

De même, pour les tarifs des communications pour accéder à Internet, l’ART a obtenu, grâce à des réunions avec les opérateurs et les usagers, un forfait de 20 heures pour 100 francs.

Par ailleurs, ses avis font autorité, même lorsqu’ils sont purement consultatifs.

Elle n’emploie que ce type de méthodes. Elle ne provoque pas ou n’incite pas particulièrement à la création de codes volontaires ou de normes douces organisées.

L’administration française chargée de la protection des consommateurs (D.G.C.C.R.F) n’a également pas de politique de développement de normes douces dans le domaine des télécommunications. Elle combine mesures réglementaires et dialogue avec les opérateurs. Elle a procédé ainsi, par exemple, pour répondre aux très nombreuses plaintes (plus de 4000 par an) concernant le téléphone portable, notamment en ce qui concerne les clauses abusives. Par le dialogue, elle a obtenu la suppression d’un certain nombre de clauses.

En Espagne, la situation est assez proche du faible développement constaté en France : démarche qualité, service client, etc. Par exemple, la compagnie espagnole de téléphone Madritel interrogée sur son utilisation éventuelle des normes douces met en avant la certification ISO qu'elle a obtenu pour la qualité de son service.

En Italie, il existe un effort plus important de recherche de solutions non-étatiques. Un mécanisme de conciliation et d'arbitrage a été mis en place qui permet de traiter près de 20 000 réclamations par an. Par ailleurs, les opérateurs ont l'obligation de négocier avec les représentants des consommateurs leur charte de qualité de service.

Aux Etats-Unis le secteur des télécommunications est encore largement réglementé au niveau fédéral par la Federal Communications Commission qui est responsable de la réglementation et de l'application des Télécommunications Act de 1996.

Si certaines mesures de libéralisation sont intervenues notamment en ce qui concerne la télévision par câble, les normes douces ne se sont pas vraiment développées dans ce secteur.

Australie

Le secteur des télécommunications en Australie, depuis l'entrée en vigueur, en 1997, de l'Australian Telecommunication Act, présente un exemple intéressant d'un dispositif réglementaire complété d'un mécanisme d'autoréglementation prévu par la loi.

Le secteur a connu un développement rapide d'organismes divers, certains faisant de l'autoréglementation, d'autres de la régulation.

- télécommunications industry forum ;
- australian communication authority ;
- australian communications acces forum ;
- australian communications industry forum ;
- australian competition and consumer commission.

L'organisme d'autoréglementation qui a été mis en place, dans le cadre de la loi sur les télécommunications de 1997 est essentiellement une forme de co-réglementation, car l'autorité australienne des Télécommunications lui fournit un soutien et un encadrement actif.

L’autorité régulatrice (ACA, Australian Communications Authority) veille au bon fonctionnement de l’autoréglementation.

Le rôle de l’ACA est de :

1° Enregistrer le dépôt des codes développés par les organismes d’autoréglementation.

2° Demander aux opérateurs de créer des codes dans les domaines importants, s’ils ne le font pas spontanément.

3° Créer lui-même les normes en cas de carence de l’autoréglementation.

L'ACIF (Australian Communications Information Forum), le principal organisme d’autoréglementation s'est imposé comme un point de rencontre pour les acteurs du secteur (industrie/ consommateurs / Administration). Il a été particulièrement actif dans le domaine des normes techniques et de la résolution des problèmes technologiques.

Par ailleurs, tous les opérateurs doivent adhérer au mécanisme de l'“ Ombudsman ” des télécommunications, pour la résolution des litiges.

L'autoréglementation ne peut pas cependant résoudre tous les problèmes de concurrence et de politique qui peuvent se poser. Les autorités publiques conservent par conséquent un rôle significatif. Par exemple, l'autoréglementation a permis de mettre au point les normes et codes techniques pour la présélection mobile des préfixes, mais seule l'autorité régulatrice l'a imposée.

La participation des régulateurs en tant qu'observateurs dans le processus d'autoréglementation a été très bénéfique, selon Cable and Wireless Optus, un opérateur, car elle a permis de traiter les problèmes en amont, et en plus de mieux informer les régulateurs. Le rôle du régulateur doit être clairement défini dès le départ et utilisé pour encourager une approche comparative.

L'autoréglementation n'est pas cependant sans inconvénients. La recherche d'un consensus entraîne des retards dans la conclusion des codes. Des problèmes de ressources financières et humaines se posent. L'ACIF comporte six "panels" de référence et 30 groupes de travail. Les entreprises pour participer à tous ces groupes de travail doivent disposer de ressources humaines et financières importantes. Seuls, en réalité, les opérateurs les plus importants peuvent participer à toutes les activités.

L'autoréglementation a besoin, comme le montre cet exemple, d'établir des priorités et se concentrer sur un nombre limité d'objectifs.

Les codes les plus importants ont été mis en place grâce à la pression des pouvoirs publics. L'autoréglementation seule n'aurait pas avancé aussi rapidement.

Powertel, l'un des opérateurs, pense que les conflits d'intérêt empêchent certains mécanismes d'autoréglementation de fonctionner efficacement, par exemple pour les "services déclarés" en matière de télécommunications c'est-à-dire de nouveaux services qui doivent profiter aux consommateurs.

Australian Consumer's Association constate que l'absence de maturité du marché rend l'autoréglementation plus difficile : nombreux petits opérateurs ne participent pas au mécanisme d'autoréglementation. Les associations de consommateurs du Victoria rejoignent cette critique en se plaignant du manque de formation et du mauvais comportement des détaillants (publicité mensongère, vente directe agressive, non-traitement des réclamations, etc.).

Cette association déplore que, bien que les structures d'autoréglementation soient en place depuis plus de 2 ans, elles n'aient produit que peu de codes et aucun code de consommation.

L'autoréglementation, et ce ne sera pas une surprise pour le lecteur des pages qui précèdent, est une activité qui prend du temps et beaucoup d'énergie.

En conclusion, il semble que l’expérience australienne est intéressante, mais que la présence active, voire encore plus active selon certains, du régulateur est indispensable. En tout cas, elle est riche d'enseignements pour une future politique des normes douces en Europe, dans ce secteur.

- Belgique

La situation en Belgique n'est pas sans rappeler le dispositif australien, mais à un stade nettement moins avancé. On y trouve une institution jouant le rôle de forum l'Institut belge pour la Poste et les télécommunications (IBPT), ainsi qu'un Ombudsman. Les opérateurs ont aussi l'obligation de rédiger des conditions générales de service et de reconnaître la compétence de l'Ombudsman.

L'IBPT dépend pour l'instant du Ministère des Télécommunications, mais pourrait à terme devenir indépendant et donc, le cas échéant, s'insérer dans un véritable mécanisme de normes douces qui n'existe pas encore. La participation des consommateurs est encore très réduite. Par exemple, Mobistar (opérateur de téléphone mobile), à la différence de Belgacom, a soumis ses conditions générales de service pour avis à une organisation de consommateurs (Test - Achats).

Il existe donc des pistes de réflexion intéressantes pour les normes douces mais pas encore une réelle politique en la matière.

*

* *

Au terme de ce rapide tour d’horizon du développement des normes douces dans le secteur des télécommunications deux évidences s’imposent :

- Les normes douces sont peu développées dans le secteur. Il reste beaucoup à faire.

- Le secteur est l’un des plus prometteurs pour le développement des normes douces.

Le développement des normes douces est encore très embryonnaire dans le domaine des télécommunications, du moins en Europe.

Les mécanismes mis en place se limitent dans de nombreux pays à quelques services de réclamations. La Grande-Bretagne se distingue, comme toujours en matière de normes douces, par une politique plus élaborée.

Les opérateurs sont focalisés par les questions de concurrence et d'accès au réseau. Les autorités régulatrices sont absorbées par la délimitation de leurs nouvelles compétences, les consommateurs réclament l'intervention de la puissance publique pour réduire le coût de l'abonnement, des appels vers les téléphones portables et pour supprimer les clauses abusives.

Par ailleurs, le débat, qui semblait lancé après la réaction partiellement critique des opérateurs (voir la position de France Télécom cité précédemment dans le développement sur l'attitude française à l'égard des normes douces en matière de télécommunications) aux propositions de la Commission sur l'utilisation des normes douces contenues dans la "Review 99" est pour l'instant un peu retombé. Dans le document final, qui contient les conclusions et orientations de la Commission, les normes douces sont à peine évoquées[211].

[211] *Page 19, il est fait référence à l'accueil favorable à l'idée de donner aux consommateurs un accès à des procédures simples et peu coûteuses. Il est également fait allusion au fait que les opérateurs accepteraient une autoréglementation pour renforcer la transparence tarifaire. "Un accueil généralement favorable est réservé à l'idée de donner aux utilisateurs et aux consommateurs l'accès à des procédures simples et peu coûteuse de traitement des plaintes et de résolution des litiges, et de définir les principes fondamentaux de ces systèmes à l'échelon européen Les représentants des utilisateurs et des consommateurs appuient largement la proposition de la Commission de doter le groupe à haut niveau sur les communications des compétences nécessaires pour régler les litiges transfrontaliers. Les autorités réglementaires sont moins convaincues, estimant que les accords bilatéraux entre ARN seraient plus appropriés. Certains Etats se déclarent également préoccupés qu'un organisme consultatif puisse être investi de pouvoirs quasi juridictionnels".*
Page 29, la Commission se prononce pour la transparence tarifaire (information tarifaire par appel) et pour les procédures de règlement des litiges simples et peu coûteux, à la fois au niveau national et transfrontalier.

L'ETNO, qui regroupe les opérateurs publics européens, pense que les normes douces pourraient favoriser une avancée significative dans l'harmonisation du secteur des télécommunications en Europe, et envisage leur intervention à trois niveaux :

- accords avec les consommateurs (qualité de service) ;

- accords entre opérateurs et prestations de services (en matière de réseaux, par exemple) ;

- accords avec les régulateurs et autres organismes (dans les domaines tels que la protection des données).[212]

La réaction positive des opérateurs à l'égard des normes douces (à l'exception de celles du type recommandations de la Commission) devrait pourtant être exploitée pour mettre en place des mécanismes structurés.

On est loin pourtant d'un intérêt soutenu pour l'implantation de mécanismes de normes douces.

Néanmoins, ce secteur apparaît comme l'un des plus propices pour le développement des normes douces. Certes, le secteur manque de maturité ce qui est toujours un frein au développement de normes douces efficaces. Mais, il est certainement celui qui se restructure le plus rapidement.

Il présente deux caractéristiques importantes.

- Le secteur est organisé. Un nombre relativement limité d'opérateurs regroupés dans des organisations professionnelles représentatives dialoguent avec des autorités régulatrices spécialisées.

- Les opérateurs ont amorcé une réflexion sérieuse sur les normes douces.

En outre sa nature, de plus en plus internationale, favorisait des normes douces européennes. Il existe d'ailleurs des accords européens sur certains normes techniques.

[212] E.T.N.O, ETNO Réflexion Document RD 115.

L’exemple australien montre qu’il n’y a pas d’obstacle conceptuel à la mise en place d’un mécanisme classique de normes douces dans ce secteur.

Il montre également que cela prend du temps et mobilise beaucoup de moyens dont ne disposent pas forcément les plus petits opérateurs.

Le développement des normes douces dans ce secteur est parfaitement possible à condition qu’il existe une volonté politique forte et durable. Ce développement sera d'autant plus efficace que des objectifs précis et limités auront été assignés aux normes douces.

CHAPITRE II – LE SECTEUR DE L'AUDIOVISUEL

L'approche des normes douces dans l'audiovisuel doit prendre en considération la particularité du secteur.

Ce secteur comporte des enjeux très différents de ceux propres aux secteurs d'intérêt général. Outre les enjeux économiques traditionnels, l'audiovisuel véhicule des valeurs d'éthique, de goût, de moralité, d'art, de culture et de liberté d'expression.

La prééminence de ces valeurs a tendance à mettre les questions propres à la protection du consommateur un peu en arrière plan. Les normes douces dans l'audiovisuel s'intéressent plus à la protection du citoyen, de sa moralité, de ses croyances et de ses libertés. Il serait toutefois artificiel d'opposer ces deux protections, le citoyen étant bien évidemment un consommateur.

L'activité audiovisuelle est une manifestation de la liberté d'expression. Cette liberté est l'un des piliers de la démocratie. Tous les Etats membres de l'Union européenne ont consacré la liberté d'expression dans leurs constitutions nationales. L'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme proclame, lui aussi, la liberté d'expression.

Il faut tirer la conséquence de cette consécration, du point de vue des normes douces. Dans les démocraties occidentales, les Etats ne représentent plus un danger pour la liberté d'expression. Au contraire, certaines personnes privées sont à craindre. Il s'agit des grandes entreprises médiatiques à la puissance financière considérable et dont le premier but est la recherche du profit. Il serait dangereux de laisser ces entreprises poser des règles d'autoréglementation en dehors de tout contrôle de l'autorité publique.

Pour de nombreux professionnels et observateurs, la co-régulation est la meilleure solution. Puisque les Etats doivent garantir la liberté d'expression et le droit à l'information il leur faut participer, de concert avec les professionnels, à l'élaboration des normes douces.

La co-régulation a l'avantage de réunir la puissance publique, qui a une vision de l'intérêt général, et des professionnels dont les connaissances techniques et la rapidité d'adaptation sont supérieures.

Dans la plupart des Etats membres, la télévision et la radio ont une dimension d'intérêt général. Or les changements structurels et technologiques ont affecté les marchés de l'audiovisuel. L'intérêt général concerne dans ce domaine la morale et les valeurs démocratiques telles que le pluralisme, une information loyale et la protection de l'individu. L'application de cet intérêt général varie considérablement d'un pays à un autre, particulièrement au regard de ces fondements.

Dans ce secteur, le principal aspect de la législation communautaire est la directive " Télévision sans Frontières " du 3 octobre 1989 modifiée dans un souci de clarification et d'adaptation par la directive du 30 juin 1997.

Elle promeut une structure légale pour garantir la liberté d'expression des programmes de télévision, en coordonnant les règles nationales concernant leur production et leur distribution, la publicité et les sponsors, la protection des mineurs et les droits de rediffusion. Les Etats membres doivent assurer la liberté de réception des programmes et ne doivent pas gêner les retransmissions des programmes provenant d'un Etat membre pour des raisons touchant le domaine de la coordination.

De plus, le droit communautaire de la concurrence propose un dispositif pour éviter les abus de position dominante et, par la fusion des divers contrôles, prévient le développement des oligopoles ou des monopoles sur les marchés.

La question des normes douces dans les médias a été abordée récemment (avril 1999) par les institutions européennes dans le cadre de la présidence allemande, lors d'un séminaire à Saarbrucken.

Les conclusions des experts réunis à cette occasion soulignent l'intérêt de l'autoréglementation et sa spécificité nationale. L'autoréglementation et la co-réglementation seraient plus adaptées à certains domaines que d'autres, en particuliers ceux de la protection des mineurs et de la dignité humaine. L'autoréglementation ne saurait toutefois remplacer entièrement la réglementation étatique des médias.

Les experts se sont prononcés fermement en faveur du caractère nationale de l'autoréglementation et de la nécessité de laisser au seul législateur national le soin d'arbitrer entre réglementation et normes douces dans la régulation des médias. Le rôle assigné aux institutions européennes se réduit à :

- développer des contacts et échanges d'informations entre les médias, associations, et organismes de normes douces ;

- défendre les modèles européens en la matière dans les forums internationaux ;

- s'assurer que le droit communautaire réserve un champ d'action adéquat aux normes douces.

En matière audiovisuelle, les normes douces concernent les sujets les plus débattus et les plus préoccupants du monde de l’audiovisuel. Ces sujets sont connus du grand public car la réflexion des médias audiovisuels sur eux-mêmes est communiquée au public.

Les normes douces concernent d’abord le traitement des questions éthiques par la déontologie (Section I).

Ensuite, elles s'étendent aux enjeux de société contemporains tels que la protection des mineurs (Section II) et le sport (Section III).

Elles englobent plus rarement les questions classiques de la protection du consommateur (qualité de services, résolution des litiges), comme le fait le système canadien de la télévision par câble (Section Iv).

SECTION – I LE TRAITEMENT DES QUESTIONS ETHIQUES PAR LA DEONTOLOGIE

La déontologie est un ensemble de règles éthiques conçues et appliquées par une profession. Par définition, la déontologie relève des normes douces. Elle n'émane pas de l'Etat mais de la profession concernée. On peut donc considérer que les règles déontologiques sont les normes douces résolvant les problèmes éthiques.

Les questions éthiques sont avantageusement résolues par la déontologie (1). Les instruments déontologiques sont variés (2). Les Etats-Unis offrent un modèle intéressant(3).

SOUS-SECTION - 1

La déontologie est la plus apte à résoudre les questions d'ordre éthique.

Aux yeux de nombreux professionnels des médias la déontologie parait plus adaptée au traitement de l'éthique que l'intervention étatique ou la dérégulation .

Le traitement de l'éthique par la réglementation étatique rappellerait trop les temps, pas si lointains dans de nombreuses démocraties, où le secteur audiovisuel relevait d'un monopole d'Etat. La spécificité de l'audiovisuel du point de vue des libertés publiques s'oppose à ce que l'Etat intervienne dans l'élaboration des règles éthiques

Pour des raisons différentes, la dérégulation serait tout aussi inopportune. En cas de dérégulation le seul guide en matière éthique serait la conscience de chacun. Une telle opinion est idéaliste car on ne peut pas penser que tous les acteurs de l'audiovisuel obéissent à des contraintes morales internes. A supposer que cette exigence puisse être satisfaite, un autre obstacle surviendrait : il y aurait autant d'éthiques particulières que d'individus et la confusion serait totale.

La déontologie, au contraire, semble réunir les qualités nécessaires au traitement des problèmes d'ordre éthique. Régulièrement des problèmes de ce type surviennent dans le monde des médias audiovisuels.

Le secteur audiovisuel a déjà beaucoup réfléchi à ces problèmes. On peut voir dans cette réflexion des médias audiovisuels sur eux-mêmes le préalable à la prise en charge de l'éthique par la déontologie.

SOUS-SECTION - 2

Les instruments destinés à assurer le respect de la déontologie[213]

En matière de déontologie audiovisuelle les règles édictées, tant par leur contenu que par leur mode d'élaboration, doivent être rapprochées de celles élaborées pour la presse écrite. En effet si le média audiovisuel se distingue de la presse écrite, quant à sa forme, il poursuit le même but d'information et de divertissement du public. Il est donc logique que les règles déontologiques de ces deux secteurs soient largement communes.

Il existe plusieurs façons de promouvoir la déontologie. Pour les désigner, le professeur Claude-Jean Bertrand, professeur à l'Institut Français de Presse qui dépend de l'université Paris II, a inventé la notion de MARS (Moyens non gouvernementaux d'Assurer la Responsabilité Sociale des médias)[i]. Les MARS peuvent constituer des normes douces, c'est le cas des codes de déontologie. Ils peuvent aussi être des instruments conduisant à l'élaboration des règles déontologiques, par exemple, les divers organismes d'autocontrôle. Les MARS ont un rapport étroit avec les normes douces, en raison de leur origine non gouvernementale. On les rencontre principalement dans les pays anglo-saxons.

[1] " Normes non obligatoires et règlement des différents dans l'industrie canadienne de la câblodistribution : Résumé " (1998). http ://strategis.ic.gcca/SSGF/ca00781f.html (date d'accès : 16 mai 2000).

[ii] Claude-Jean Bertrand, La déontologie des médias, 1997, page 20, Presses Universitaires de France, collection Que sais-je ?

§ 1 - Certains instruments sont mis en œuvre exclusivement par les acteurs du secteur audiovisuel.

1.1 - L'instrument le plus important est le code de déontologie.

Le plus souvent, une loi existe déjà lorsque le code est adopté Pour ses rédacteurs, le code complète la loi, dont il comble les lacunes. En effet, le code consacre des pratiques ou des idéaux professionnels que l'Etat ne perçoit pas toujours. Pour les professionnels, les codes ont l'avantage d'éclairer des principes qui resteraient trop flous faute de formulation écrite.

Il existe un grand nombre de codes de déontologie, qui sont assez semblables d'un pays à l'autre. On peut regrouper les règles qu'ils contiennent en deux grandes catégories.

La première catégorie de règles déontologiques concerne l'exercice du métier de journaliste. Ces règles concernent seulement l'information à l'exclusion des divertissements[214].

La seconde catégorie regroupe les prescriptions déontologiques dont le but est la protection des droits de l'homme. Certaines ne concernent que l'information, d'autres sont applicables tant à l'information qu'au divertissement.

Les codes mentionnent les droits des citoyens à l'information sans lesquels l'activité d'informer n'aurait aucun sens. Il est souvent proclamé que le journaliste doit défendre la démocratie. Une application de cette obligation est le respect du pluralisme. Les journalistes doivent respecter la dignité humaine. Cela implique le respect de la vie privée. Les médias doivent assurer la représentation de chaque composante de la population. Ils doivent lutter contre les discriminations. Aux Pays-Bas, le devoir de lutter contre le racisme a été proclamé. La protection du consommateur est désormais prise en compte ; ainsi des chaînes de télévision se sont engagées à ne pas diffuser de publicité trompeuse.

[214] *La liberté d'expression, qui est nécessaire à l'exercice de ce métier, est proclamée. Les journalistes doivent être indépendants vis-à-vis du pouvoir politique et économique. Ils doivent donner des informations exactes. Les informations inexactes doivent être corrigées. L'obligation, pour les journalistes, de recueillir l'information par des méthodes honnêtes est systématiquement posée. Le secret professionnel est affirmé, ainsi que le droit de ne pas révéler ses sources.*

Aux Etats-Unis, le code de la National American Broadcasting était consacré aux divertissements. Après avoir été déclaré, en 1982, contraire aux lois antitrust, il fut remplacé par une déclaration de principes en 1990[215].

L'efficacité des codes de déontologie est débattue. De nombreux codes sont élaborés pour éviter une intervention de l'Etat. Dans d'autres cas, les codes ne sont que des opérations publicitaires à la destination du public. Dès lors, on peut douter de leur application effective. Un code ne sera efficace que s'il repose sur un consensus. Ceux qui l'ont élaboré et ont adhéré au code doivent se sentir liés. C'est d'abord le rayonnement moral d'un code qui assure son respect. Cette contrainte morale est particulièrement nécessaire, car tous les codes de déontologie ne prévoient pas de sanctions.

Un code, dont l'élaboration n'a pas reposé sur un consensus, est voué à l'insuccès. L'accueil réservé aux 18 principes de déontologie, élaborés par la direction de l'information de la chaîne française TF1, en donne un exemple[216]. En Espagne, en Catalogne, la mise en place d'un accord concernant la présentation des affaires judiciaires rencontre de nombreuses difficultés.

Certains pensent que les codes de déontologie sont totalement inefficaces. Ainsi Henri Pigeat, ancien président de l'agence France Presse a pu écrire " Je n'ai jamais vu utiliser dans la vie professionnelle aucun des codes existant en France ou en Europe. " Les codes ne seraient alors qu'une base pour les débats d'ordre déontologique.

---

[215] Selon le code de la NAB, les distractions télévisuelles doivent promouvoir la dignité humaine et la fraternité entre les hommes ; toutes les sensibilités doivent être représentées.
Le divertissement télévisuel doit proscrire toute incitation au mépris pour des raisons de race, de religion ou de handicap. La religion ne doit pas être tournée en dérision. D'autres dispositions du code de la NAB sont inspirées par un désir d'éducation de la population.
Ainsi, la télévision doit éviter la vulgarité, l'apologie de la drogue, la violence et le sexe injustifiés. La télévision doit offrir aux enfants des programmes éducatifs, culturels et moraux. Une fiction ne doit pas être présentée comme un fait authentique.

[216] Ces principes déontologiques furent publiés le 26 janvier 1994, dans un contexte de méfiance envers les médias et notamment envers TF1 qui avait diffusé une interview truquée de Fidel Castro. La rédaction de l'information refusa d'entériner un texte conçu par sa direction sans qu'elle ait eu l'occasion de le discuter. Aucun journaliste ne se sentait tenu par une " entreprise démagogique " destinée à renforcer la crédibilité de la chaîne.

Les codes de déontologie présentent plus des idéaux que des objectifs à atteindre. Cela ne veut pas dire qu'ils soient inutiles. La proclamation de certains principes constitue un progrès en soi. Mêmes s'ils ne sont pas respectés, tous les journalistes s'y réfèrent, alors qu'avant la seconde guerre mondiale ils étaient nombreux à avouer sans honte que la recherche du scoop était leur première préoccupation.

1.2 - Les organismes d'autocontrôle peuvent contribuer à l'élaboration des normes douces.

Il en existe, principalement en Europe du Nord. Dans certains pays tels que l'Autriche, l'Angleterre et le Danemark ils travaillent sur la base d'une réglementation étatique. L'autocontrôle se limite alors au secteur public. Les organismes assurent une mission générale d'amélioration de la qualité des programmes.

L'organisme d'autocontrôle peut aussi oeuvrer sur la base d'un code de bonne conduite ; ainsi en Finlande, le Conseil pour les médias, qui contrôle l'ensemble des médias, rend ses décisions sur le fondement du code élaboré par la principale association de journalistes du pays. Les pouvoirs de ces organismes sont faibles. La sanction la plus répandue consiste en une publication de la décision de l'organisme d'autocontrôle.

1.3 - Les entreprises audiovisuelles peuvent instaurer une critique interne.

Aux USA, le "in-house critic" améliore les connaissances déontologiques du personnel. Au Japon, ce rôle est tenu par les comités d'évaluation. En Europe, la pratique de la critique interne est quasiment inconnue.

1.4 - On peut voir dans l'autocensure la plus informelle des normes douces.

Le rôle de l'autocensure fut considérable à certaines époques. Dans l'Amérique des années trente, le réflexe d'autocensure était si fort qu'il conduisit les professionnels d'Hollywood à élaborer le célèbre code Hays. Plus récemment la chaîne française TF1 renonça à diffuser une émission de télé délation.

Certes, dans certains cas l'autocensure procède de principes non écrits, constitutifs de normes douces. Mais l'autocensure peut aussi avoir des motivations peu avouables.

§ 2 - Certains instruments associent les professionnels de l'audiovisuel et les usagers.

2.1 - Aux USA existe le conseil de presse local. Il réunit les usagers et les responsables des médias locaux.

Grâce au conseil de presse local, les usagers des médias peuvent exprimer leur opinion.

2.2 - Les USA et le Canada connaissent également le conseil de presse régional.

Dans l'Europe du Nord, ce conseil existe au niveau national. C'est un organisme d'autocontrôle auquel sont associés des usagers. Une telle structure est généralement mise en place pour éviter l'intervention de l'Etat. Son rôle est d'enquêter sur les plaintes que le public dépose contre les médias.

Il rend un jugement, publié par les médias qui le composent. En principe il n'a pas de pouvoir de sanctions ; le conseil de presse suédois peut cependant prononcer une amende.

2.3 Enfin, le professeur Claude-Jean Bertrand propose la création de " centres d'information et de communication, consacrés à la déontologie des médias, dans diverses régions du globe "

Ces centres réuniraient les professionnels et les usagers. Ils pourraient être rattachés à des universités. La création d'un de ces centres au niveau communautaire est envisageable Une telle initiative n'est pas coûteuse et elle permettrait l'échange des réflexions.

§ 3 - Des personnes étrangères au secteur audiovisuel composent la troisième catégorie d'instruments.

3.1 : Il faut souligner l'importance des associations de téléspectateurs.

Leur apparition a introduit la notion d'un téléspectateur citoyen. Ce téléspectateur ne reçoit plus passivement des programmes ; il entend exercer une influence sur les programmes diffusés. Cette influence peut s'exercer au sein des structures qui l'associe aux professionnels de l'audiovisuel.

Les associations peuvent aussi avoir des initiatives autonomes, par exemple en portant plainte auprès de l'instance régulatrice de leur pays. Ainsi, en France, le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA) reçoit et examine les plaintes des associations. Il leur consacre plusieurs pages dans son rapport annuel. Généralement, les associations de téléspectateurs sont distinctes des associations de consommateurs. Cependant rien ne s'oppose à un regroupement car ces deux types d'organisations ont en commun une exigence de qualité envers les professionnels.

Les associations doivent pouvoir participer au maintien et au développement d'un véritable service public audiovisuel, que le NCC (Consommateurs britanniques) décrit comme *"a system of public service broadcasting which is universally accessible and affordable, which informs, entertains and educates, and which meets other consumer criteria of choice, information, fairness, redress and representation"*.[217]

[217] NCC, "Tuning in to Consumers" p.14

3.2 : Une personnalité étrangère au monde de l'audiovisuel peut être associée au contrôle de l'activité audiovisuelle.

Il s'agit de l'"Ombudsman" qui fait fonction de médiateur entre le média qui l'emploie et le public. Il en existe aux USA, en Grande-Bretagne, en Irlande, en Suède, en Italie et en Espagne. L'"Ombudsman" reçoit et instruit les plaintes du public. Parfois il peut rendre publiques ses conclusions. Il a une grande importance symbolique, sa seule existence montre que le média qui l'emploie accorde de l'importance à l'avis des usagers.

SOUS-SECTION - 3 La déontologie aux Etats-Unis

Aux Etats-Unis deux médias de ce secteur proposent un modèle intéressant de réglementation pour l'industrie du cinéma et la presse audiovisuelle :

§ 1 : L'industrie du cinéma

Ces dernières années, l'industrie du cinéma a obtenu une large reconnaissance populaire et démontré son utilité. L'histoire de l'industrie du cinéma contient une première période de réglementation gouvernementale, suivie d'une autoréglementation et de règles volontaires. En comparaison l'industrie de la presse audiovisuelle, qui a émergé trente ans après le cinéma, s'est, dès le début, auto réglementée, mais a rapidement requis une intervention gouvernementale, intervention qui continue de nos jours.

Les nouvelles technologies de communication ont toujours eu un immense pouvoir permettant d'influencer les masses. La première préoccupation, concernant le cinéma, vient de l'idée que les films sont des médias qui peuvent influencer la population simultanément. Ils requièrent donc un contrôle plus élevé que des formes d'art plus individuelles telles que la littérature, la peinture ou le théâtre.

Ce contrôle est nécessaire car le cinéma peut aborder comme sujets la politique, la religion, les problèmes raciaux ou le sexe. Une des protestations vient des groupes minoritaires, sur leur représentation au cinéma. Les groupes minoritaires, les intérêts des étrangers, les groupes à risque, les protecteurs des animaux se sont employés, souvent avec succès, à améliorer leur représentativité au cinéma. D'autres veillent à ce que les films ne soient pas utilisés à des fins de propagande ou pour servir d'autres objectifs politiques. Une fois encore, l'opinion populaire réagit en fonction des problèmes de tradition, de religion, de sexe ou de morale. Le cinéma conditionne de nombreux comportements : " les films ont la fonction de restreindre l'information, l'opinion, et l'imagination des citoyens et déterminent leurs attitudes et leurs convictions".

Pour répondre à ces craintes, l'industrie du cinéma aux Etats-Unis, a été soumise à différentes formes de réglementation[218]. Toutefois, dans les années quarante, les abus de pouvoir des nombreux censeurs gouvernementaux sont devenus évidents[219]. Le résultat est qu'en 1972 il ne restait qu'un seul Etat où la censure existait encore. C'est l'industrie du cinéma qui a imposé son autoréglementation, qui existe toujours.

Ce système d'autoréglementation est tout de même critiqué. La principale critique est que les gens qui élaborent la réglementation travaillent pour la Motion Picture Association of America, la MPAA, c'est-à-dire qu'ils travaillent pour les grandes entreprises de cinéma qui financent la MPAA. On peut aussi indiquer que la MPAA mène une politique interne dont le premier objectif est d'éviter la révolte des entreprises contre le système. Bien sûr tous les films suivent volontairement les règles ; si un studio sent que ses films sont trop souvent censurés, il peut décider de sortir de la MPAA et de réaliser des films sans règles ou en en inventant de nouvelles[220].

---

[218] La première réglementation vient d'une autorisation émanant des gouvernements locaux ou étatiques. En utilisant des lois d'autorisation locales, les gouvernements des villes et des Etats ont réglementé le cinéma par des codes et des cotisations. En 1907, quand les licenciés ont protesté, Chicago a instauré une police de censeurs qui devaient voir tous les films avant leurs sorties. En 1909, à New York, des citoyens se sont regroupés pour fonder le National Board of Censorship, qui devait éviter l'apparition imminente d'une censure gouvernementale. Dans le même temps, la censure gouvernementale est devenue populaire et des comités d'autorisation se sont développés, par exemple en Pennsylvanie en 1911, en Ohio en 1913, au Kentucky en 1913 et dans le Maryland en 1916.

[219] Deux cas, parvenus jusqu'à la Cour Suprême, ont signalé la fin de la censure étatique, et ont poussé l'industrie du cinéma à s'autoréglementer. En l'espèce, la Cour Suprême a indiqué que les " pré-visions " et la censure gouvernementale constituent " une forme de restriction de la liberté d'expression qui doit être spécialement condamnée ".

[220] D'autres reprochent aux studios de créer des règles dans un but financier.
Les critiques dénoncent la mauvaise utilisation de l'autorèglementation et la manipulation de l'industrie. Un critique, Stephen Farber, a dit que des " suggestions " sont faites au studio à partir de la lecture du script, avant même le début du tournage. De plus, Farber et d'autres critiques indiquent que la pression de la MPAA

La dernière critique reproche aux professionnels d'avoir développé l'autoréglementation par peur de l'intervention gouvernementale. L'industrie du cinéma ne travaille activement à une réglementation satisfaisante que devant l'imminence d'une telle censure. Quand les pressions externes sont moins fortes et que la demande du public est moindre, le système d'autoréglementation s'atténue et devient plus permissif[221].

Ces critiques, en plus des plaintes courantes à propos du sexe et de la tolérance de la violence, supposent que l'industrie pense que le système d'autoréglementation est préférable à la censure gouvernementale. Mais, l'autoréglementation peut finalement conduire à une censure plus forte que la censure gouvernementale.

Cette situation doit être comparée au système de réglementation de la presse audiovisuelle, aux Etats-Unis.

§ 2 – La Radiotélévision

La croissance de l'industrie radiophonique fut si forte que cette industrie, à ses débuts, fut peu réglementée. Les problèmes d'interférence causés par les différentes stations, qui augmentent le pouvoir des signaux, rendaient ce recours presque inutile.

Au début, l'industrie a rejeté toute réglementation gouvernementale et a résisté à des lois qui imposaient plus de contrôle sur les ondes. Mais au milieu des années 20, l'industrie est devenue incontrôlable. Ce jeune mais potentiellement puissant médium a laissé aux lois le soin de réglementer le chaos qui menaçait de le détruire. C'est toujours la même législation qui réglemente aujourd'hui cette industrie.

---

commence dès la lecture du script et continue sur le site du tournage jusqu'à la sortie du film. Pour éviter la censure du gouvernement, l'industrie du cinéma a imposé une autre forme de censure tout aussi menaçante.

[221] L'auteur Richard F. Randall note que " la vie de l'autoréglementation dépend de la présence d'une menace de l'Etat ou de très forte pressions privées. Sans cela, elle a tendance à se résorber en une petite part d'un programme de relations publiques ".

La télévision est apparue 30 ans après la radio aux Etats-Unis. Déjà, à cette époque, une réglementation fédérale était en place et surveillait et la télévision et l'industrie de la radio.

Il existe plusieurs critiques de cette réglementation. Certains disent que la réglementation fédérale n'est pas forcément la meilleure solution pour assurer des standards correspondant à l'intérêt du public. Les critiques indiquent que la réglementation gouvernementale est une question de constitutionnalité, et induit trop de questions para judiciaires. De plus, laisser le secteur travailler pour lui-même est un moyen pour parvenir à satisfaire l'intérêt du public. Cet argument repose sur le fait que le public ne regarderait que ce qu'il estime acceptable.

Il est sûr que l'industrie du cinéma est très différente de celle de la presse. Le public admet que ces médias ont une influence sur la société et sur le comportement des personnes, d'où sa volonté de les voir réglementés et contrôlés. Ces deux industries ont tenté d'éviter la censure, mais elles doivent faire à la demande du public d'une plus grande responsabilité de leur part.

Le plus intéressant est de comparer les différentes formes de réglementation qui ont été appliquées à ces deux médias : une autoréglementation pour le cinéma et une réglementation gouvernementale pour la presse audiovisuelle, qui ont en commun la question de la censure. Certains critiquent le trop grand contrôle qui réduit la liberté de ces médias et demandent une augmentation du contrôle par le marché.

Le paradoxe est que l'autoréglementation semble être la meilleure solution pour éviter la censure et les restrictions, mais qu'elle impose les mêmes restrictions que la réglementation gouvernementale.

SECTION - II-

La protection des mineurs – Les normes douces en France

SOUS-SECTION - 1 Présentation

Au début des années 1990, la banalisation de la violence et de l'érotisme, la surenchère dans la vulgarité ont conduit le monde de l'audiovisuel à s'interroger sur la protection des mineurs.

Le dispositif actuel est le résultat d'une concertation entre le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel et les diffuseurs. Le CSA s'intéresse à la protection des mineurs depuis sa directive " jeunesse " du 5 mai 1989.

La discussion du CSA et des diffuseurs hertziens a abouti aux engagements de bonne conduite pris par ces derniers.

L'engagement le plus important concerne le classement des émissions en cinq catégories. Ces catégories ont pour but d'établir à partir de quel âge un programme peut être regardé. Les chaînes s'engagent à matérialiser cette classification par une signalétique qui apparaît à l'écran[222].

Cette interrogation englobe le multimédia et les jeux vidéos. Il existe des mécanismes de normes douces pour vérifier les contenus des jeux vidéos. En Allemagne, 90 % des jeux vidéos sont vérifiés par un organisme d'autoréglementation.

[222] Il faut noter que Canal+, la chaîne hertzienne qui diffuse une partie de ses émissions à ses seuls abonnés et l'autre partie à tous les téléspectateurs, utilisait depuis sa création la signalétique qu'elle avait élaborée. Désormais, Canal+ a mis sa signalétique en conformité avec celle élaborée par l'ensemble des diffuseurs.
La classification des émissions est faite par les chaînes qui ont mis en place des comités de visionnage. Leur composition est fixée par les diffuseurs ; le plus souvent le comité comprend les membres de la chaîne ; le comité de M6 est constitué de mères de famille de 25 à 40 ans.

Le CSA surveille l'application de leurs engagements par les diffuseurs. Il n'intervient de manière coercitive qu'en cas de manquement grave. Si le manquement est léger, il préfère engager le dialogue avec les chaînes ou en leur faisant adopter des règles d'autorégulation. Le CSA a d'ailleurs déclaré que des questions d'ordre moral seraient traitées par la voie de l'autorégulation. Un téléspectateur peut se plaindre de ce qu'une classification est inadaptée. La direction des programmes du CSA instruira sa plainte. Il y a une discussion entre le CSA et les chaînes, sur la mise en œuvre de la signalétique. Il ressort de ces discussions que chaque chaîne a sa propre interprétation de la classification des émissions[223].

Le CSA est satisfait de la façon dont la signalétique est appliquée. Il constate une diminution de la violence à la télévision.

Le système de signalétique pourrait s'étendre à toute l'Union européenne. La Belgique l'a introduit dans sa législation La directive européenne " Télévision sans frontières " préconise sa mise en place dans les Etats membres. En effet l'article 22 alinéa 3 de la directive 89/552, tel qu'il résulte de la modification apportée par la directive 97/36, dispose que lorsque des programmes *" sont susceptibles de nuire à l'épanouissement physique, mental ou moral des mineurs...les Etats membres veillent à ce qu'ils soient précédés d'un avertissement acoustique ou à ce qu'ils soient identifiés par la présence d'un symbole visuel tout au long de leur durée ".*

[223] M6 est allée au-delà de ce que la classification impose, en créant un comité de visionnage des vidéo-musiques, alors que la classification élaborée par les diffuseurs et le CSA ne s'applique pas à ce genre de programmes.
En ce qui concerne la concertation entre le CSA et les diffuseurs, la discussion n'a pas concerné le but à atteindre, qui était la protection des mineurs, mais les moyens à mettre en œuvre pour atteindre ce but. Le CSA estime que sa tâche " reste essentielle . Elle est de s'assurer que soient appliqués tous les dispositifs mis en œuvre pour la protection des mineurs "

Pour de nombreux consommateurs, la retransmission des événements sportifs justifie à elle seule l'existence du petit écran Les chiffres d'audience des rencontres sportives démontrent que le spectacle du sport à la télévision est devenu un des principaux divertissements de notre époque. L'intérêt du consommateur est que ces produits de divertissement soient de la meilleure qualité possible et qu'il puisse y accéder gratuitement ou à faible coût, sur la chaîne de son choix.

SOUS-SECTION - 1

Le code de bonne conduite relatif à la radiodiffusion des événements sportifs.

§ 1 - L'élaboration du code.

A la fin des années 1980, le sport à la télévision représentait un enjeu commercial considérable. Les diffuseurs se livraient à une guerre des exclusivités.

En octobre 1991, le Ministre des sports, en concertation avec le ministre de la communication, décidait d'organiser une table ronde sur le sport et la télévision, réunissant les acteurs du secteur sportif et de l'audiovisuel qui a débouché sur la création d'un code sur les exclusivités en matière d'événements sportifs[224].

Ce code n'avait aucune valeur juridique ; il tirait sa force du consensus obtenu pendant son élaboration. Le Ministre des sports avait souhaité qu'un consensus soit obtenu et le recours à la loi, évité.

[224] Les travaux se sont déroulés au sein de la commission " sport et télévision ", mise en place par le CSA. Elle était composée de Roland Faure, membre du CSA, qui la présidait, de représentants des diffuseurs, du pouvoir sportif et des journalistes sportifs.
La commission a élaboré le " code de bonne conduite relatif à la radiodiffusion des événements sportifs " rendu public le 22 janvier 1994. Il comporte quatre principes. Selon le principe n°1, le radiodiffuseur primaire, c'est-à-dire celui qui détient les droits exclusifs sur la diffusion d'un événement sportif, ne peut s'opposer à la diffusion de courts extraits de l'événement par le radiodiffuseur secondaire. Le principe n°2 pose le droit du radiodiffuseur primaire à une " rémunération équitable " lorsque les courts extraits sont insérés dans une émission sportive.
Selon le principe n°3, le radiodiffuseur primaire ne s'oppose pas à la venue du personnel du radiodiffuseur secondaire sur les lieux de l'événement. Le principe n°4, qui concerne les accords entre les sportifs et les radio diffuseurs prohibe les clauses d'exclusivité empêchant les sportifs de répondre aux questions des autres journalistes.

Pourtant une loi du 13 juillet 1992 a repris les trois premiers principes de ce code de bonne conduite. En 1998, du fait des pressions des dirigeants de la formule 1, cette loi a été modifiée pour renforcer les droits des détenteurs d'exclusivité.

§ 2 - Appréciation du code

Ce code avait une valeur purement consensuelle, il n'édictait aucune sanction. Malgré cette absence de force contraignante, des tribunaux ont appliqué ce code. [225]

Il est donc étonnant qu'une loi ait consacré un code qui résolvait des problèmes pour lesquels le ministre concerné n'avait pas souhaité le recours à la loi.

Cette consécration légale révèle une méfiance de la France à l'égard des normes douces. C'est un pays où on se tourne vers la " norme dure ", qu'est la réglementation étatique, en cas de difficulté. Cette préférence pour la norme étatique trahit un manque de confiance à l'égard des acteurs qui élaborent les normes douces.

SOUS-SECTION - 2

Le code de bonne conduite sur le sport à la télévision et la loi Evin.

Les compétitions sportives sont des supports publicitaires très recherchés. Parce que la publicité sous toutes ses formes doit respecter le consommateur, celui-ci a intérêt à l'édiction de normes douces, régissant la diffusion de la publicité lors des rencontres sportives. L'intérêt du consommateur est renforcé lorsque cette publicité concerne des substances nocives telles que les alcools.

§ 1 - L'élaboration du code

En France, la loi Evin limite la publicité pour les boissons alcoolisées. Elle interdit la publicité à la télévision. Toutefois la publicité sur les terrains de sport est permise. Les événements sportifs servant à faire la promotion de ces boissons, il s'agissait de savoir dans quelle mesure cette loi serait applicable à la retransmission télévisée des rencontres sportives.

[225] Par exemple, dans un jugement du 4 juillet 1992 le Tribunal de Grande Instance de Nevers en fit application

Les juridictions françaises ont rendu des décisions divergentes, quant à la diffusion en France des compétitions se déroulant à l'étranger[226].

Les divergences, sur l'application géographique de la loi, introduisaient une dangereuse incertitude. Pour la réduire, un code de bonne conduite a été élaboré " dans l'attente d'une jurisprudence plus précise " sur la loi Evin[227].

Le code, rendu public le 28 mars 1995 distingue entre manifestations internationales et manifestations visant le public français[228].

§ 2 - Appréciation du code

Ce code est une illustration des normes douces complétant la loi La loi était imprécise ; une norme douce est venue la compléter.

La norme douce joue alors un rôle assez semblable à celui du règlement. Comme lui, elle définit les modalités d'application des orientations générales d'une loi.

---

[226]Certaines juridictions, dont le TGI de Bordeaux, ont estimé que la loi Evin n'était pas applicable lorsque les diffuseurs français se limitent à retransmettre les images filmées par une télévision étrangère sur lesquelles ils ne peuvent exercer aucune intervention.
Mais d'autres décisions, dont celles du TGI de Quimper, ont considéré que la loi Evin s'applique à la diffusion en France, de compétitions étrangères où la présence française est minoritaire.

[227] La rédaction de ce code en mars et avril 1995 a réuni les ministères de la jeunesse et des sports, de la communication et de la santé ; les diffuseurs, le pouvoir sportif, les annonceurs, les producteurs d'alcool et un organisme de lutte contre l'alcoolisme.

[228] Le code comporte deux dispositions:
- la première concerne la diffusion des manifestations sportives se déroulant en France. Les signataires du code s'engagent à ne pas faire apparaître à l'écran des publicités pour les alcools.
- la seconde disposition qui traite des compétitions se déroulant à l'étranger distingue les rencontres multinationales et les autres. Il y a manifestation multinationale lorsque les images, diffusées dans de nombreux pays, ne visent pas principalement le public français (par exemple, les diverses coupes du Monde et d'Europe). Dans ce cas, la diffusion en France est possible, dès lors que le diffuseur ne maîtrise pas l'apparition de publicités en faveur de l'alcool. La situation est plus complexe pour les autres compétitions se déroulant à l'étranger, notamment celles auxquelles participent des sportifs français. Toutes les parties soumises à la loi française qui négocient avec le détenteur des droits de retransmission doivent s'efforcer d'éviter la diffusion des publicités litigieuses. La retransmission pourra cependant avoir lieu si les négociations échouent. Les diffuseurs sont soumis à une " obligation de déclaration " au CSA en vue d'éviter les " fraudes manifestes " à la loi Evin.

Une plainte a été introduite au niveau communautaire contre la loi Evin. Elle vise également le code. C'est un des rares exemples où une norme douce produit des effets extra-territoriaux au point de susciter de vives réactions.

Le code "Evin" est un instrument particulièrement original dans le domaine de l'audiovisuel. Son exemplarité est cependant réduite du fait du contexte très particulier qui est le sien.

SECTION - IV- L'INDUSTRIE DE LA TELEVISION PAR CABLE AU CANADA

L'exemple canadien est intéressant

En effet, rien de véritablement comparable n'existe sur le plan européen. La réflexion sur les normes douces y est extrêmement limitée. Les principales fédérations professionnelles n'ont pas développé de réflexion sur ce point. Les opérateurs sont surtout concernés par des questions d'accès au réseau et de concurrence. Sur le plan national, les exemples sont rares. En Norvège, les opérateurs ont l'obligation de consulter leurs abonnés par "référendum", en cas de changement majeur dans l'offre de services ou dans la grille de programmes.

Au Canada, dans ce secteur, la compétence est fédérale et les normes douces nationales.

Le courant de déréglementation des années 1980 au Canada a favorisé l'installation d'un système de normes douces très structuré en matière de télévision par câble (une présentation complète du système est fournie en annexe).

Ce système est composé de deux éléments principaux :

- des normes volontaires, sous la forme de plusieurs codes approuvés par l'autorité régulatrice, le conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC), dont le principal est celui du service des abonnés ;

- une Fondation des Normes de Télévision par câble, créée par l'Association canadienne de télévision par câble.

La fondation se veut un "forum de gestion des préoccupations des consommateurs". L'administration des normes douces est confiée à un organisme indépendant créé par la Fondation, le Conseil des normes de télévision par câble.

Le conseil est composé d'un président indépendant, d'un représentant des consommateurs, et d'un représentant des professionnels (le président du conseil d'administration de la Fondation).

Le conseil a un rôle d'interprétation des normes et de règlement des conflits. Il traite les plaintes des consommateurs dans un premier temps en demandant au cablo - opérateur de les régler, puis en cas d'échec par la médiation et, enfin, le cas échéant, en rendant une décision qui sera obligatoire pour le cablo - opérateur. Dans la pratique, la quasi-totalité des litiges est résolue à l'amiable.

Le code des Normes de service comprend des dispositions sur les conditions d'abonnement, la qualité du service et le règlement des différends. La Fondation fait circuler auprès des cablo- opérateurs les meilleures pratiques et les indicateurs de qualité de service. Elle a une politique active de prévention et d'émulation.

Le Conseil a une politique d'information sur ses activités et de sensibilisation auprès du grand public (presse, dépliants, ligne verte, vidéos, etc.). Ses activités, ainsi que celles de la Fondation font l'objet d'un rapport annuel.

Le système mis en place est intéressant à un double point de vue :

- d'une part, il aborde des thèmes de qualité de service, et de conditions d'abonnement qui la plupart du temps sont ignorés par les normes douces des autres pays, en matière de télévision, qui concernent essentiellement des questions d'éthique et de morale.

- d'autre part, il met en œuvre un grand nombre des principes soulignés dans la première partie de l'étude, tels que publicité des mécanismes, sensibilisation du public et des professionnels.

Il permet, en outre, de régler un grand nombre de plaintes mineures qui n'auraient pas pu être traitées par les pouvoirs publics agissant seuls.

Toutefois, le système reste encore très "autorèglementaire" et pourrait être amélioré, notamment dans le sens d'une plus grande participation des consommateurs. Les normes élaborées le sont, pour l'instant uniquement par les professionnels.

CONCLUSIONS SUR LE SECTEUR AUDIOVISUEL.

C’est la spécificité du secteur audiovisuel qui exige la participation des consommateurs. La liberté d’expression permet la démocratie. Le professeur Claude-Jean Bertrand a écrit que : “ La communication sociale est une affaire trop sérieuse pour être laissée aux seuls professionnels ”. Ce sont les usagers des médias qui permettent, par leur contrôle, de protéger la liberté d’expression. Par exemple, sans pression des usagers, une entreprise médiatique peut facilement se séparer du journaliste qui lui a déplu.

La présence des usagers est nécessaire tant pour protéger les droits des citoyens que ceux des consommateurs. La vigilance des usagers pour la protection des droits de l’homme assure la protection des citoyens. Par exemple, en veillant à ce qu’un diffuseur n’occulte pas la situation des droits de l’homme, dans un pays où il a des intérêts économiques.

Le rôle de protection des consommateurs est tout aussi important Les entreprises audiovisuelles sont soumises à la pression des annonceurs publicitaires, à qui elles ne veulent pas déplaire. Dans d’autres cas, une entreprise audiovisuelle n’est que la filiale d’un grand groupe qui étend ses activités à de nombreux secteurs. Les enjeux économiques sont énormes. Par exemple, une chaîne peut déprogrammer un reportage sur un produit défectueux pour que son fabricant continue à acheter des espaces publicitaires.

Aucun code de bonne conduite conçu et appliqué par des professionnels, ne permettra d'éviter ces dangers. Les professionnels appliquent les normes douces tant qu'elles ne sont pas contraires à leurs intérêts financiers. De tels intérêts risquent d'être contraires à ceux des citoyens et des consommateurs. L'exemple de la Radio australienne fortement autoréglementée montre les limites de ce type d'instrument (des émissions d'information étaient en fait financées par des entreprises sans que le public en soit informé).

Pour cette raison, la participation des usagers de l'audiovisuel à l'élaboration des normes douces est indispensable. La présence des usagers est particulièrement nécessaire lorsque l'on assigne aux normes douces une fonction de protection des consommateurs. Ceux-ci sont les plus compétents pour exprimer leurs véritables attentes. Si les normes douces relevaient des seuls professionnels, ceux-ci seraient tentés de promouvoir seulement celles qui servent leurs propres intérêts.

A cet égard, l'Union Européenne peut promouvoir une telle participation au travers de rencontres, où les usagers seront largement représentés et traités d'égal à égal par rapport aux Etats. La participation des consommateurs semble pertinente car ces derniers, loin de constituer une masse incapable d'exprimer ses désirs, sont fortement structurés. Il existe des associations de téléspectateurs capables de dire ce qu'elles attendent des médias audiovisuels. Pour l'instant, les associations de consommateurs n'ont pas beaucoup investi le domaine audiovisuel. Mais elles pourraient être associées aux débats sur la publicité et aux discussions sur la sécurité financière sur l'Internet.

La participation des consommateurs à la discussion sur les normes douces est nécessaire. La présence des professionnels demeure tout aussi indispensable. Les entreprises audiovisuelles ont intérêt à promouvoir les normes douces. L'amélioration lente mais constante des programmes démontre que dans un système concurrentiel, tel que le nôtre, la qualité est toujours payante à long terme. Les normes douces sont un instrument au service de la politique de qualité que mènent les opérateurs. Le public se dirige vers les opérateurs auxquels il accorde sa confiance et délaisse ceux dont il pense qu'ils le trompent.

L'Union européenne ne devra pas manquer d'inviter un troisième interlocuteur, si elle décide d'ouvrir des débats sur les normes douces Il s'agit des Etats. Le secteur audiovisuel étant un service d'intérêt général, il est nécessaire que les Etats participent à l'élaboration des normes douces. La loi a la vision de l'intérêt général et son caractère démocratique affirme sa légitimité. L'histoire a démontré que, sans l'intervention des Etats, les médias sont abandonnés à la seule loi du profit.

L'Etat tempère la loi du profit en édictant des dispositifs anti-concentrations, en fixant le cahier des charges des opérateurs. Dans certains pays, il assure le respect des droits des personnes mises en cause, en leur accordant un droit de réponse. La loi donne aux journalistes les moyens de leur indépendance. En effet, dans les démocraties occidentales, il existe des lois qui accordent des garanties d'indépendance aux journalistes. La loi est nécessaire lorsqu'il s'agit de poser des sanctions pénales.

Cependant, confier la régulation de l'audiovisuel aux seuls Etats serait dangereux. D'une part, l'Etat doit rencontrer des contre-pouvoirs, pour ne pas céder à des tendances autoritaires. Ces contre-pouvoirs sont les usagers et les professionnels de l'audiovisuel. D'autre part, la complexité est une donnée de la société contemporaine. Les évolutions technologiques sont parfois si fulgurantes que les Etats ont des difficultés à les appréhender. Il faut donc donner la parole aux professionnels des médias ; étant à l'origine des évolutions technologiques, ils sont les plus aptes à les faire comprendre.

Les normes douces ont donc besoin des trois acteurs différents que sont les usagers, les entreprises audiovisuelles et les Etats. Leur présence simultanée devrait permettre une meilleure réflexion. Il faut confronter la réglementation étatique et l'autorégulation des professionnels car, dans de nombreux cas, elles traitent les mêmes problèmes auxquels elles apportent des solutions similaires. Enfin il ne faut pas perdre de vue les consommateurs ; qui sont les destinataires des médias audiovisuels.

CHAPITRE III – L’EAU

Le secteur de l’eau est un secteur fortement réglementé, en particulier en ce qui concerne la qualité. Il est, en revanche, peu réglementé au niveau européen en ce qui concerne les services de gestion.

C’est l’un des rares secteurs non encore libéralisés.

Dans le cadre du GATS, et de la libéralisation du marché des services, l’Europe demande l’ouverture du marché. A la suite d’une communication européenne sur les concessions, certains Etats membres demandent à la Commission européenne de légiférer pour ouvrir le marché à la concurrence.

En matière d’eau, ce qui coûte le plus cher c’est le transport. Cela rend difficile une concurrence au niveau de l’abonné (sauf pour un usage industriel). La distribution d’eau trans-frontière est donc un phénomène très marginal.

Ce secteur est traditionnellement public en Europe et il est dirigé par des compagnies monopolistiques. L'Espagne est un exemple typique. Dans ce pays ce secteur n'est pas libéralisé, donc la concurrence n'existe pas. Comme les compagnies publiques sont dirigées par les autorités publiques, la forme de la réglementation sera forcément publique et imposée par le gouvernement. Cela a pour conséquence qu'il est difficile d'implanter de l'autoréglementation dans ce secteur.

Aux Etats-Unis, la santé et la sûreté des consommateurs sont aussi les premiers soucis. Dans ces domaines la réglementation gouvernementale est plus développée que les normes douces. Le secteur de l'eau n'est pas une exception et le Capital Environmental Protection Agency est responsable pour la réglementation fédérale de l'eau, qui inclut des standards pour l'eau potable et des règles de conservation de l'eau.

Il est difficile de trouver en Europe des exemples d'autoréglementation un peu développée.

Un groupe de travail européen a élaboré des indicateurs de performance. Le Comité européen de Normalisation a élaboré des Normes de Services. La Commission Européenne a préparé une communication sur le prix de l'eau pour avoir une vision plus claire des facteurs qui déterminent ce prix. Elle a organisé un séminaire avec des organisations de consommateurs.

La fédération professionnelle européenne, EUREAU n'a pas vraiment de contacts avec les organisations de consommateurs, et n'a pas pour l'instant développé une réflexion sur l'autoréglementation au niveau de l'eau.

Il n'existe, à notre connaissance, aucune source documentaire sur les normes douces en matière de protection du consommateur d'eau.

L'équipe de Lex Fori a donc procédé avec l'aide d'EUREAU à une enquête auprès des fédérations nationales afin de dresser un inventaire sommaire des normes douces existantes et des perspectives de développement de ce type d'instrument.

Cette enquête a permis de confirmer la faiblesse du niveau de développement des normes douces dans le secteur. Il existe quelques exemples intéressants, mais en règle générale, les normes douces sont essentiellement des normes techniques, et pas directement des instruments de protection des droits du consommateur.

De plus, les exemples qu'il est possible de trouver sont des formes relativement "primitives" de normes douces (déclarations unilatérales, autoréglementation simple, absence de mécanisme indépendant de contrôle et de sanction).

Il ne faut pas oublier que les producteurs et les distributeurs d'eau domestique sont très souvent des collectivités publiques ou des régies municipales, voire même des coopératives (Danemark) fondées par les utilisateurs eux-mêmes.

Cela peut même engendrer des conflits d'intérêt. Au Portugal, par exemple, les collectivités locales sont très présentes dans la gestion de l'eau, et le sont également dans le conseil aux consommateurs (bureau de la Consommation dans les mairies). Les réclamations concernant le service de l'eau n'y sont pas toujours bien accueillies.

Certains pays n'ont que des normes techniques volontaires (Allemagne, par exemple, DIN 2000) qui ne concernent qu'indirectement les consommateurs.

Dans le même ordre d'idée, la pratique de la certification (Pays-Bas) et du "benchmarking" et des indicateurs de performance est assez répandue. Plusieurs pays sont en train de développer des "benchmarks" en matière de qualité de service (Norvège, Danemark).

Les normes douces qui évoquent directement les droits des consommateurs sont généralement des engagements unilatéraux des distributeurs d'eaux :

- Engagement d'indemnisation en cas de coupure d'eau (Norvège) ;

- Conditions de service (Finlande) ;

- Avantages supplémentaires par rapport au minimum légal, par exemple, prise en charge du coût du branchement jusqu'à l'habitation (Pays-Bas) ;

- Charte de l'usager (Espagne, Grande-Bretagne).

Le respect des engagements est soit volontaire (Norvège, Estonie) ou contrôlé et sanctionné par le gouvernement ou le régulateur (Grande-Bretagne).

Les litiges peuvent être tranchés par le régulateur ou par un mécanisme de droit commun (Commission des réclamations des consommateurs, Finlande) de la consommation. Aux Pays-Bas, il existe une commission des litiges spécifiques. En Espagne, les commissions d'arbitrage de la consommation sont compétentes, mais il ne s'agit pas d'un mécanisme de normes douces mais d'un mode alternatif de règlement des conflits organisé par l'Etat.

En Grande-Bretagne, les clients mécontents peuvent obtenir des indemnités financières. Le régulateur arbitre les conflits.

Les consommateurs sont relativement peu présents dans ces mécanismes. En Grande-Bretagne, ils sont consultés sur les chartes de service, mais il ne s'agit pas d'accords négociés. Aux Pays-Bas, ils sont consultés mais ne sont pas jugés très actifs par les opérateurs. En Allemagne, ils sont quasiment absents.

En ce qui concerne l'avenir, il semble se dessiner un mouvement vers une prise en compte plus importante de l'usager dans la politique de l'eau. En Finlande, un projet de loi prévoit l'obligation de négocier les conditions de service avec les autorités représentant les consommateurs. En Norvège, on prévoit de développer des services autonomes pour traiter les réclamations au sein des opérateurs. Au Danemark, on met au point des guides sur la présentation de l'information au consommateur.

En Estonie, on pense que les normes douces permettront de suppléer à l'absence de texte réglementaire en ce qui concerne la qualité de service et les relations avec les usagers.

A l'horizon 2001, le développement des normes douces devrait se faire extrêmement lentement. Il reste encore un important travail de diffusion des idées et des concepts et une forte volonté politique, si l'on veut voir les choses évoluer.

Les normes douces ne sont donc, pour l’instant, qu’un frémissement sur la surface de la réglementation étatique de l’eau.

CHAPITRE IV : LES SERVICES POSTAUX

Le secteur postal reste encore très marqué par la notion de service publique, avec une longue tradition d'organisation étatique. Les bureaux de poste restent encore, dans de nombreux pays, le symbole de la présence de l'Etat dans les régions les plus reculées. La poste nationale est pratiquement toujours un service de l'Etat ou une entreprise publique.

Le secteur a toutefois une longue tradition de normes négociées, sur le plan international, avec l'Union Postale Universelle.

Par ailleurs, la disparition du monopole de la distribution du courrier pour certains types de courrier et la libéralisation de l'économie ont conduit les Postes à adopter des formes d'actions se rapprochant du domaine privé (prise de participation dans des sociétés de transport express, concurrence entre Postes, etc.).

Le consommateur de services postaux est passé du stade d'usager à celui de client du service postal.

Des changements significatifs et prometteurs à terme pour le développement des normes douces se produisent à la fois sur le plan national et sur le plan international.

SECTION - I- LA POSTE SUR LE PLAN NATIONAL

Nous développons deux exemples nationaux, Grande-Bretagne et France pour souligner deux approches différentes : régulateur indépendant et dialogue avec les consommateurs.

Au Royaume-Uni, le Gouvernement a déclaré son intention de réformer le Post Office. Un de ses objectifs déclarés est d'établir une relation claire et responsable entre le Gouvernement, le Post Office, le Régulateur et le Post Office Users' National Council, POUNC Actuellement ce système est réglementé par le Gouvernement.

Toutefois, dans le futur, le Gouvernement désire définir avec beaucoup de clarté les différentes responsabilités dans le secteur postal. Le Gouvernement est l'autorité responsable, dans l'intérêt national, pour régler la situation légale, les structures de réglementation et les obligations sociales et environnementales du Post Office. Le Postal Regulator est le gardien des intérêts des consommateurs et le promoteur de la compétition. Le POUNC est le promoteur et l'avocat des intérêts des consommateurs.

Il va y avoir un nouveau lien entre le Gouvernement et le Post Office Board. Le Gouvernement devra donner son accord sur la stratégie de direction du Post Office et le Board sera responsable pour ses propositions et la mise en place de sa stratégie. Le Régulateur se chargera des réglementations économiques et encouragera la compétition.

Il est manifeste que ce secteur n’est pas ouvert à l’autoréglementation. Le Gouvernement se considère responsable de la mise en œuvre de l’environnement économique et réglementaire, comprenant les principales options stratégiques, les propositions de réunir les obligations de service universel et responsable évidemment pour gérer le réseau national des services postaux.

En instaurant les structures réglementaires, comprenant les obligations sociales et environnementales, le Gouvernement laissera ces dernières aux soins du Post Office. Ceci placera les obligations de service universel et les lignes directrices pour une tarification unique dans le contexte des obligations européennes.

Le Régulateur devra établir les principes d'un régime réglementaire, mais il ne sera pas impliqué dans les autres domaines.

Le Gouvernement pense renforcer le POUNC et continuer à nommer des membres, mais ne sera pas impliqué dans les autres domaines qui incombent au POUNC. En nommant des membres, le Gouvernement veillera à assurer que les membres reflètent la diversité des utilisateurs des services postaux. C'est un exemple de la désignation de membres d'un organisme représentatif de consommateurs par le Gouvernement.

Sans contradiction avec ce dispositif, l'objectif du Conseil des Consommateurs est d'être responsable de la représentation des consommateurs, et de recevoir les plaintes concernant les services du Post Office. Les ministres espèrent être capables de transmettre toutes les plaintes au POUNC et ne plus être responsables de celles-ci, sauf dans les cas exceptionnels où l'intérêt national est en jeu. Le Conseil contrôlera les plaintes et adressera, le cas échéant, des remontrances au Régulateur au sujet de l'échelle des peines qui sanctionnent la violation par les services des standards posés. Il contrôlera et conseillera aussi sur la taille et la configuration de la structure des guichets du Post Office, et fera des recommandations sur les besoins et les provisions du Post Office dans des domaines particuliers.

En France, la Poste a instauré des normes douces afin de répondre aux attentes des usagers. Cette réponse passe par le dialogue avec les associations de consommateurs. C'est un dialogue fructueux qui a déjà abouti à la négociation de deux protocoles.

Le protocole de 1989 concerne les engagements de La Poste envers les usagers. Une charte de qualité est également en préparation.

Le second institue un médiateur. Sa fonction est de résoudre les litiges opposant La Poste et ses usagers. Il ne peut être saisi que par le biais d'une association de consommateurs. Son activité est importante : il traite environ 450 dossiers par an. Son rôle consiste à donner des avis sur les cas qui lui parviennent et à rédiger un rapport annuel. Tant les associations que La Poste elle-même s'estiment satisfaites de l'activité du médiateur.

La Poste a instauré une concertation avec les usagers qui se développe à tous les niveaux géographiques. Ainsi, il existe des instances de concertation nationales, départementales et infra départementales. C'est ce dernier niveau qui fonctionne le mieux en raison de la proximité de l'usager avec son bureau de poste. Les associations sont attachées au traitement local des dossiers et souhaitent un accroissement des pouvoirs des instances infra départementales.

Un tel souhait apparaît légitime. La résolution des problèmes à l'échelle locale permettra de faire intervenir le service à l'origine du dysfonctionnement.

Les critiques à adresser aux normes douces concernent le dialogue des associations de consommateurs avec La Poste. Ce dialogue est empreint d'une certaine lourdeur : pas moins de 18 associations sont en relation avec La Poste. Il existe 18 organisations agréées dont 17 sont systématiquement invitées à dialoguer avec la Poste.

Parfois, les réunions ne sont pas plénières et seulement quelques associations sont présentes. Mais il faudra alors que les associations absentes valident les discussions. Une seule association pourrait donc paralyser le dialogue. Quant à la représentativité des associations, leur nombre élevé conduit à estimer que certaines associations ne représentent pas un nombre suffisant d'usagers.

Par ailleurs, les moyens des associations sont faibles. Les organisations sont multiples. Les militants de ces organisations sont souvent mal informés, peu disponibles et sans grande ressource financière.

Les organisations de consommateurs réclament des financements accrus alors même que les subventions de l'Etat diminuent. Elles voudraient que leurs permanents soient indemnisés de la même façon que les syndicalistes qui sont pris en charge par leur entreprise. Un tel manque de ressources pourrait nuire à la qualité du dialogue. Aussi proposent-elles un système de vacations à la réunion.

La Poste, tout en admettant la nécessité d'un financement renforcé des associations de consommateurs, est réticente à l'égard des propositions de ses organisations. Elle considère qu'une rémunération à la vacation aurait un effet pervers conduisant à la multiplication inutile des réunions. En plus, dans un environnement de plus en plus concurrentiel, elle comprend mal pourquoi les entreprises publiques seraient les seules à devoir assurer ce financement.

La Poste consent néanmoins des efforts financiers en faveur des associations de consommateurs. Elle assure des formations pour les militants. Les formations sont assurées en collaboration avec les autres entreprises publiques (SNCF, France Télécom, etc.).

Pour la Poste, le bilan des normes douces mises en place est positif. Les organisations de consommateurs seraient globalement satisfaites (cf. rapport fait par elles au Conseil de la Consommation en 1995). Leur principale revendication serait essentiellement d'obtenir que les instances les plus décentralisées puissent avoir plus de pouvoir pour régler les questions sur place.

En Belgique, s'il existe un dialogue entre la poste et ses clients, il n'y a pas de négociation institutionnalisée avec les organisations de consommateurs. La poste possède, toutefois, un ombudsman qui publie un rapport annuel sur ses activités.

SECTION - II- LA POSTE AU PLAN INTERNATIONAL

Outre l'Union Postale Universelle qui réunit l'ensemble des postes du Monde, il existe déjà deux structures postales internationales qui produisent des normes douces.

L'I.P.C. réunit les 15 pays de l'Union ainsi que les Etats-Unis et le Canada.

Posteurope réunit l'ensemble des postes européennes y compris la Russie (environ 40 pays).

Deux réunions par an permettent un dialogue avec les organisations européennes de consommateurs. La Commission participe à ces réunions.

Le discours des postes européennes est résolument ouvert au dialogue avec les consommateurs. *"Les postes doivent prendre en considération les exigences plus sophistiquées des consommateurs"*[229].

Ce discours qui prétend faire du client le centre du dispositif postal se traduit, en ce qui concerne le dialogue avec les consommateurs et leurs représentations, notamment pour Post Europ par la création d'une "Customer Newsletter", d'un "Forum du Consommateur" (sept. 1999, à Bruxelles avec une soixantaine de représentants des consommateurs) et d'un point de contact permanent pour les associations de consommateurs.

Le 22e Congrès de l'Union Postale Universelle (qui se tient tous les 4 ans) à Pékin, en 1999, a mis l'accent sur l'adhésion des postes nationales à une "charte sur le service à la clientèle" qui fait référence à l'engagement des postes à rester attentifs aux besoins des clients, de leur fournir une information suffisante sur les services offerts et de contrôler la qualité du service postal. Cette charte s'inscrit dans l'objectif global souligné par le Congrès d'assurer aux clients un accès à des services de qualité à des prix raisonnables.

[229] Post Europ "Customer Newsletter", I2000, numéro 9

Post Europ estime d'ailleurs que *"les représentants des consommateurs doivent pouvoir jouer un rôle actif auprès de l'Union Postale Universelle".*

Outre le dialogue avec le consommateur, les postes européennes mettent l'accent sur l'amélioration concrète de la qualité du service. Deux techniques sont mises en avant : Benchmarking et mesure de la qualité.

Le "Benchmarking", technique en vogue dans plusieurs services d'intérêt général (voir la section sur l'eau, par exemple), s'est traduit, notamment récemment par le projet "Meilleures pratiques" qui consiste en la réalisation d'une base de données des meilleures pratiques des opérateurs postaux publics de l'union européenne.

La mesure de la qualité se concentre, entre autres choses, sur les délais de livraison, assurément l'objet de la plupart des critiques formulées par des consommateurs. Différentes techniques sont utilisées pour mesurer la rapidité de l'acheminement du courrier (puces électroniques dans les sacs de courrier, lettres tests, transpondeurs électroniques, etc.).

La mesure de la qualité permet de rendre crédible des normes de qualité de service qui ont un effet direct sur l'usager.

Par exemple, la norme de livraison J + 3 (livraison dans les 3 jours) pour le courrier à l'intérieur de l'union, élaborée par l'IPC, a donné de bons résultats et a été reprise par la directive postale.

L'originalité du système vient du fait que les normes sont accompagnées de sanctions. Alors que dans la plupart des systèmes de normes douces, en particulier dans les services d'intérêt général, les normes de qualité de service, sont rarement assorties de sanctions dissuasives, voire de sanctions tout court, dans le secteur postal européen il existe des sanctions financières.

Les postes européennes qui n'atteignent pas la norme de J + 3 font l'objet d'une retenue sur les sommes qui normalement leur sont dues du fait de la compensation financière pour les frais qu'entraîne la distribution du courrier provenant des autres pays européens.

Si l'on en croit les chiffres communiqués par Post Europ, cette méthode est assez efficace, puisque le pourcentage de lettres livrées à J + 3 augmentent régulièrement tandis que le pourcentage de lettres livrées à J + 5 se réduit considérablement (seulement 2% du courrier transfrontalier de première classe n'est pas livré en moins de 5 jours).

Depuis 2 ans, Post Europ développe avec les postes des 11 pays candidats à l'adhésion à l'Union européenne un système de mesure de qualité pour les préparer à l'application de directive postale.

Sur le plan mondial, Union Postale Universelle met en place de nouveaux accords concernant les "frais terminaux"[230]. Comme dans le système décrit précédemment pour les postes de l'union européenne, les normes de qualité de service seront sanctionnées financièrement.

Les opérateurs postaux qui n'atteindront pas le niveau de qualité requis, ne recevront pas le montant total de la rémunération prévu par le nouveau système.

Un fond spécial, pour la qualité de service, recevra l'équivalent de 7,5% du total des frais terminaux payés par les opérateurs postaux des pays développés aux pays du tiers monde.

Enfin, en ce qui concerne le droit de la concurrence (nous avons, dans la première partie de l'étude, souligné le risque toujours présent de la tentation d'une entrave à la concurrence), la Commission a admis, en septembre 1999, à propos de l'accord "Reims II" que ce type d'accord n'était pas contraire aux règles européennes de la concurrence, compte - tenu de l'amélioration sensible de la qualité des services de courrier transfrontalier entraînée par de tels accords.

Le secteur postal paraît être l'un de ceux les plus ouverts au développement des normes douces, en particulier au plan européen. Cette affirmation repose sur le fait qu'il existe une longue tradition de coopération internationale, que les organisations de consommateurs participent déjà à un certain dialogue avec les organisations postales, et que le secteur est très organisé. Même avec le développement de la concurrence et la libéralisation qui pourront intervenir dans le cadre de la nouvelle directive postale, le nombre d'acteurs restera réduit. Les concurrents des postes nationales, au moins pour le courrier international, sont généralement des groupes importants présents dans de nombreux pays.

[230] Sommes payées par les postes expéditrices aux postes qui assurent la distribution du courrier dans le pays de destination.

Il serait donc plus facile, que dans d'autres secteurs, de réunir des partenaires motivés et structurés pour créer de nouveaux mécanismes de normes douces. De plus, les efforts du secteur envers les postes des pays candidats à l'adhésion pourraient être exploités pour élaborer d'ores et déjà un cadre compatible avec l'union européenne élargie.

La proposition de directive de la Commission européenne (30 mai 2000) ouvre déjà une première piste. Cette directive dont l'objet principal est l'ouverture à la concurrence d'un segment supplémentaire du marché postal vise également à étendre la possibilité pour le consommateur d'avoir accès à des mécanismes de recours et de traitement des plaintes.

Une participation accrue de la D.G. Sanco à l'organisation d'un dialogue plus complet entre postes et consommateurs est souhaitable. Des mécanismes de normes douces plus organisés et structurés doivent pouvoir être développés.

Le secteur affiche une volonté de faire participer les consommateurs, y compris aux travaux de l'Union Postale Universelle.

Il paraît donc possible, si une volonté politique existe, de mettre sur pied des accords volontaires à l'échelon européen.

CHAPITRE V: LES TRANSPORTS

Outre bien évidemment, la nature du moyen de transport, la distinction essentielle en la matière est celle qui doit être opérée entre transport de passagers et transport de marchandises.

Dans le premier cas, la notion de service d'intérêt général est alors très forte car chacun, à l'occasion de ses déplacements, devient usager des transports. Dans le second cas, la notion de service d'intérêt général est moins forte car le transport des marchandises ressemble plus à une activité commerciale classique que le transport des personnes.

Dans les deux cas, le transport est traditionnellement un secteur très réglementé notamment en matière de sécurité Par conséquent les normes douces sont peu développées et c'est à partir d'exemples isolés qu'il faut essayer d'extrapoler une vision de ce que les normes douces pourraient faire pour le secteur.

Cette considération conduit à étudier d'abord les normes douces dans le secteur du transport de voyageurs (A), puis les normes douces dans le transport routier (B). Viendront ensuite le secteur des transports ferroviaires (C), le transport aérien (D) et la situation du transport maritime aux Etats-Unis (E). Enfin il sera fait place à une réflexion sur la situation des normes douces dans les transports dans le cadre de l'Union européenne (F).

SECTION - I- LES NORMES DOUCES DANS LE TRANSPORT DE VOYAGEURS

SOUS-SECTION -1 Les normes douces à la SNCF et à la RATP

Nous prenons ici l'exemple de deux services publics français de transport , les chemins de fer (SNCF) et les transports en région parisienne (RATP)

§1. Les médiateurs

Parce qu'ils font un travail efficace, les médiateurs doivent retenir l'attention. Il n'existe de médiateurs que pour la SNCF et la RATP. Lorsqu'un litige survient entre un usager et un transporteur privé il sera traité par son service clientèle ; en cas d'échec, il faudra entamer une procédure judiciaire.

Les particularités les plus intéressantes des médiateurs de la SNCF et de la RATP sont les suivantes (voir annexe pour plus de détails):

- L'institution est le fruit d'une concertation entre transporteurs et associations d'usagers et de consommateurs.

- Personnalité extérieure à l'entreprise pour la SNCF, salarié du service clientèle pour la RATP.

- Compétence pour tous les litiges individuels (SNCF) ou uniquement pour les infractions (RATP).

- Réclamations filtrées par les associations d'usagers.

- Procédure écrite, le médiateur statue en droit et non en équité.

- Décisions non obligatoires pour le transporteur mais toujours respectées dans les faits.

- Rapport annuel et proposition par le médiateur de la SNCF.

Le bilan est positif et les deux médiateurs bénéficient d'une autorité certaine. Leur action est jugée efficace par les associations d'usagers qui voudraient voir leurs attributions et pouvoirs étendus.

§ 2 -Consultations des usagers

Les deux transporteurs ont mis en place différentes méthodes pour consulter et dialoguer avec les usagers.

- voyageurs témoins (RATP) : des voyageurs communiquent à la RATP, par le biais d'une association de voyageurs, des observations mensuelles.

- Fiches de dysfonctionnement et notes flash (RATP).

Il s'agit de recueillir les critiques et propositions des usagers.

- Conseil consultatif (SNCF) : Structure permanente de dialogue réunissant des représentants des usagers de la SNCF.

- Représentants dans les conseils d'administration : 2 représentants des usagers siègent dans les conseils d'administrations de la SNCF et de la RATP.

§ 3 - Certifications des lignes

Plus développée à la RATP qu'à la SNCF, la certification des lignes par l'Association française de Normalisation associe les représentants des usagers.

§ 4 - Les engagements pris par le transporteur

Il s'agit d'engagements unilatéraux des transporteurs concernant l'amélioration des services. La SNCF a institué un "observatoire" afin d'assurer le suivi des engagements.

Actuellement il n'existe pas d'association de dimension européenne. Cependant, la FNAUT, qui est une fédération d'associations, regroupe des associations françaises, belges et suisses. Le contexte est favorable à l'existence d'associations et de normes douces de dimension européenne. Cela permettrait de comparer les situations des différents Etats.

Il n'existe pas de normes douces européennes, en ce qui concerne les relations des entreprises avec les usagers. Dans le milieu des associations d'usagers, on décèle une réticence quant à l'intervention de l'Union européenne dans les relations entre usagers et transporteurs : seules les entreprises et les usagers interviendraient dans la création éventuelle de normes douces européennes.

Le médiateur de la RATP s'est montré favorable à des expériences européennes en matière de normes douces. Il estime qu'à cette occasion le rôle de l'Union européenne pourrait consister à créer des lieux de rencontres, permettant de comparer et d'enrichir les différentes pratiques européennes. Mais il pense que l'Union n'a pas à participer à l'élaboration de normes douces[231]

Le médiateur de la SNCF est favorable à la généralisation des médiateurs au niveau européen, mais il ne voudrait pas que ces médiateurs soient regroupés au sein d'une structure : ce serait trop contraignant. Il existe déjà un embryon de coopération européenne entre le médiateur de la SNCF et le médiateur belge des chemins de fer, en raison d'un trajet commun à la France et à la Belgique[232].

SECTION - II- LES NORMES DOUCES DANS LE TRANSPORT ROUTIER

Comme il a été indiqué précédemment, on s'éloigne ici des questions de la protection du consommateur puisque ces normes concernent principalement le transport de marchandises. Néanmoins il paraît intéressant de décrire ces normes, car elles pourraient servir de référence à la création de normes douces pour le transport de passagers.

[231] *Source d'entretien*
[232] *entretien*

§ 1 - L'autocontrôle des tarifications routières.

En France, une expérience assez aboutie avait été menée en matière de tarification routière. Dans un premier temps, l'Etat contrôlait les tarifs. Ensuite, les professionnels ont été animés d'une volonté d'autocontrôle dans l'espoir de lutter contre la concurrence déloyale. Cette volonté s'est manifestée par la création d'un organisme d'autocontrôle, le Comité National Routier, émanation des professionnels du transport routier. Des pénalités ont été définies et des contrôleurs ont été mis en place.

L'autocontrôle a fonctionné d'une façon satisfaisante, les sanctions étaient prononcées. Cependant, il faut remarquer qu'il n'était perçu comme tel que par les entreprises de transport et non par les personnes exerçant individuellement l'activité de transporteur. Ces dernières ne faisaient pas la différence entre le contrôle de l'Etat et celui réalisé par les professionnels eux-mêmes.

Mais la suppression des tarifications routières par la Communauté européenne a entraîné la fin de cet autocontrôle.

§ 2 - L'élaboration de contrats types.

Les " contrats types " constituent une forme de co-régulation faisant intervenir les transporteurs et l'Etat. Les contrats types sont des documents commerciaux qui seront appliqués dans les relations contractuelles des transporteurs, lorsqu'il n'existe pas de contrat écrit.

Les contrats types ont été élaborés à la fin des années 1980 par le Conseil National des Transports. Le CNT est un organisme rattaché au ministère des transports. Des chargeurs et des transporteurs sont associés à ses travaux. Cette participation des professionnels permet de parler de co-régulation.

L'adoption d'un contrat type comporte deux étapes. D'abord, le CNT travaille avec les professionnels pour élaborer un projet de contrat type. Ensuite, ce projet est soumis au ministère des transports qui peut le refuser ou l'approuver, en l'officialisant par décret.

Il existe un contrat type général, applicable dans 95% des situations et des contrats types de spécialité recevant application dans des occasions particulières telles que le transport de denrées périssables, de fonds ou d'animaux vivants.

Dans tous les cas, l'esprit du contrat type est le même : il s'agit de codifier des usages professionnels. L'objectif est donc de faciliter les relations des professionnels entre eux, en formalisant des pratiques non écrites : l'écrit apparaît comme un facteur de sécurité juridique. Les contrats types sont supplétifs car, au service des professionnels, ils ne doivent pas devenir un obstacle à leur activité. Un contrat écrit pourra donc déroger aux dispositions des contrats types.

Il faut aussi noter le rôle de " Transport Logistique France ", le plus important groupement de transporteurs, qui a élaboré certains supports. Ainsi il existe des contrats et des cahiers des charges types.

§ 3 - La normalisation technique.

Les normes douces peuvent intervenir sous la forme de la normalisation technique qui couvre des domaines aussi variés que la composition des carburants ou la qualité des services. La normalisation technique est élaborée par les industriels qui se réunissent pour adopter des règles communes obligatoires. En général, ces industriels se réunissent sous l'égide de l'AFNOR. Ensuite, ces normes sont généralisées par voie réglementaire ou volontaire.

La normalisation technique est fréquemment définie à un niveau européen, voire mondial.

La normalisation technique n'est pas toujours un succès Ainsi, il existe une charte sur le matériel de construction dont l'application n'est pas satisfaisante en raison de la mauvaise volonté des signataires, chargeurs et transporteurs. Les risques de mauvaise application sont importants car les transporteurs sont dans une situation d'infériorité vis-à-vis des chargeurs dont ils subissent la domination économique.

SOUS-SECTION - 2

La vision néerlandaise des normes douces : l'expérience d'un organisme d'autocontrôle, le NIWO.

Aux Pays-Bas, il existe un organisme d'autocontrôle des transports routiers, digne d'intérêt parce qu'ancien et reconnu par les membres de la profession. Il s'agit du Stiching Nationale en Internationale Wegvoer Organisitie (NIWO)c'est-à-dire l'organisation pour le transport routier, national et international, qui existe depuis plus de quarante ans.

Le NIWO est une fondation qui regroupe les professionnels et les associations de professionnels. Il existe des associations regroupant les grandes entreprises, d'autres rassemblent les PME et enfin, certaines associations réunissant les transports individuels. L'Etat occupe une place peu importante dans la composition du NIWO : un seul de ses représentants y siège. Il a seulement un rôle de discussion, son rôle n'est pas d'exprimer les souhaits de l'Etat, ce qui ne serait pas accepté par les professionnels qui verraient là une tentative d'ingérence. Dans sa structure, le NIWO se décompose en une direction qui a le pouvoir de décision et un conseil qui mène un travail de réflexion. Le directeur du NIWO est un ancien fonctionnaire du ministère des transports. Malgré cela, il est indépendant vis-à-vis de l'Etat.

En ce qui concerne les attributions du NIWO, il faut distinguer selon qu'on se situe avant ou après l'année 1995.

Avant 1995, sa fonction principale consistait à contrôler l'accès à la profession[233].

[233] Toute personne désireuse de développer une activité de transport devait faire part au NIWO de son projet et de sa capacité financière. Le NIWO donnait une réponse en tenant compte de la situation économique du marché des transports routiers. La réponse positive consistait à accorder la licence nécessaire à l'exercice de la profession. Le refus d'accorder la licence pouvait être déféré à un tribunal. Les recours étaient rares car les tribunaux n'infirmaient pas les décisions du NIWO.
Il s'agissait donc d'un contrôle économique de l'accès à la profession, organisé par les professionnels soucieux de limiter le nombre des transporteurs. Cette régulation de l'offre des transporteurs était très respectée par les membres de la profession.

La politique communautaire de déréglementation a entraîné, en 1995, la perte, pour le NIWO, du pouvoir d'accorder la licence pour devenir transporteur. L'existence d'un organisme contrôlant l'accès à la profession était incompatible avec la déréglementation qui implique la libre concurrence et donc le libre accès aux activités économiques.

Désormais, le NIWO n'exerce plus qu'un contrôle administratif fondé sur la réglementation étatique à l'égard des candidats à la profession de transporteur. Le NIWO vérifie l'existence de trois conditions d'ordre financier, professionnel et moral. En effet, le candidat doit montrer qu'il a réuni, une certaine somme, qu'il possède certains diplômes et qu'il n'a subi aucune condamnation pénale. Il est aisé de satisfaire à ces conditions.

Les deux autres fonctions du NIWO n'ont pas été modifiées en 1995 : il s'agit de l'information des membres et du pouvoir de retrait de la licence.

Le NIWO donne des informations économiques à ses membres. La division des statistiques collecte des données auprès des transporteurs La collecte est anonyme, ainsi les entreprises ne craignent pas la divulgation de données les concernant. [234]

La seconde attribution du NIWO consiste à retirer les licences des transporteurs. En cas de manquements répétés à la législation sur les transports l'Inspection Générale des Transports, organisme étatique, informe le NIWO qui statuera sur l'opportunité du retrait de la licence[235].

En marge de ses pouvoirs, le NIWO est un point de rencontre pour tous les acteurs du marché des transports. Ainsi, la réunion annuelle du NIWO rassemble des fonctionnaires et des transporteurs. [236]

[234] Les informations diffusées par le NIWO concernent des thèmes tels que la rentabilité du secteur, l'emploi ou le contexte juridique des Pays-Bas et d'autres pays où travaillent les transporteurs néerlandais. Ces informations sont prises au sérieux par les transporteurs car elles ont une réputation de fiabilité.

[235] Ce pouvoir de sanction du NIWO n'a été exercé qu'une ou deux fois. Ceci s'explique par le fait que les transporteurs dont la licence risque d'être supprimée menacent de supprimer de nombreux emplois si le retrait vient à être décidé. De plus, il est aisé de contourner le retrait de la licence : un transporteur peut céder sa flotte de camions à un autre transporteur ou supprimer sa société puis en créer une autre. On peut donc estimer que le pouvoir de retrait de la licence n'a pas été exercé d'une façon satisfaisante.

[236] Le dialogue entre l'Etat et le NIWO n'a pas été institutionnalisé, ce qui serait contraire à la volonté de l'Etat et des professionnels d'en faire un organisme indépendant. Ceci est conforme à la tradition d'indépendance des entreprises vis-à-vis de l'Etat, et ce, même s'il en est propriétaire. Le NIWO n'a donc que des contacts informels avec le ministère des transports.

Le NIWO connaît aujourd'hui une crise d'identité car son pouvoir principal, qui était de contrôler l'accès à la profession en se fondant sur la situation du marché, n'existe plus. Cela est justifié par la politique européenne de déréglementation, dont les Pays-Bas sont parmi les initiateurs qui est incompatible avec l'exercice de prérogatives d'ordre économique par un organisme d'autocontrôle. Les Pays-Bas sont satisfaits de la politique de déréglementation et estiment que les pouvoirs du NIWO ne peuvent plus se développer.

En conclusion, le NIWO est un organisme respecté par la profession mais dont le déclin semble amorcé en raison de la déréglementation.

SOUS-SECTION - 3

L'Union européenne comme cadre des normes douces ?

Les expériences étudiées ne doivent pas dissimuler le rôle peu important des normes douces dans le transport routier. Ceci n'est pas surprenant car les transports sont régis par de nombreuses règles étatiques. Les contrôles sont effectués selon des modalités déterminées par la loi. Cependant, il semble que le secteur des transports serait favorable à l'autodiscipline. En effet les transporteurs sont actuellement confrontés à des pratiques déloyales de certains professionnels. Ces pratiques consistent pour certains transporteurs de l'Union européenne à faire travailler des routiers venus des pays de l'Europe de l'Est qui sont moins payés que ceux de l'Ouest et acceptent des horaires de travail très chargés.

Pour certains professionnels, le seul comportement autodisciplinaire possible consiste à effectuer ponctuellement des contrôles " musclés ". Mais en ce qui concerne le contrôle permanent, un organisme d'autorégulation ne pourrait " se substituer à l'Etat ".Les membres de la profession n'accepteraient pas la mise en place d'un tel organisme. Les personnes qui pensent cela souhaiteraient même que Bruxelles pose des règles contre les transporteurs qui " cassent les prix ".

D’autres personnes ont une opinion contraire. Selon elles, l’autodiscipline permettrait de vaincre les pratiques déloyales. En effet, les entreprises ne veulent pas s’adresser à l’Etat pour les faire sanctionner. Se tourner vers l’Etat serait considéré comme de la “ délation ”. Dès lors, il est possible de voir dans l’autorégulation la solution la plus adaptée.

Si l’autodiscipline devait se développer, il apparaît que le cadre européen serait le plus adapté. En effet, le problème de concurrence déloyale évoqué est un problème européen ce qui condamnerait à l’échec toute tentative nationale. De plus, les regroupements de transporteurs des différents Etats membres confirment l’idée que le cadre de l’autodiscipline ne peut qu’être européen.

SECTION - III- Les normes douces dans le transport ferroviaire.

En Europe, le réseau ferroviaire est encore réglementé par la puissance publique. L’évolution vers l’usage de normes douces demeure très timide.

Au Royaume-Uni, l'Office of the Rail Regulator a été créé en 1993 pour traiter de différents problèmes tels que les problèmes d'autorisation des organisateurs du trafic ferroviaire, de renforcement de la loi sur la compétition nationale, de la protection des consommateurs et de la promotion des intérêts des passagers. Le Gouvernement a introduit un nouveau Railways Bill qui transfère la responsabilité pour la protection des consommateurs, du Rail Regulator au Strategic Rail Authority ; le Rail Regulator devient un régulateur indépendant.

En Belgique le secteur du transport public est toujours dans les mains de quelques compagnies. Il n'y a pas de marché libre ; en tout cas pour le système ferroviaire. Il n'y a pas de rencontres entre les producteurs et les fournisseurs de services qui permettraient de trouver un accord sur la production de ce service.

La responsabilité des chemins de fer en Belgique est dans les mains d'une seule compagnie, la NMBS. La NMBS est une compagnie semi-privatisée toujours, sous le contrôle du Gouvernement, même si elle a beaucoup d'autonomie. Le gouvernement belge a passé un contrat avec la NMBS qui contient des règles concernant notamment le service, les employés, ou la responsabilité

Dans le cadre de ces lignes directrices, la NMBS peut imposer ses propres règles. Il n'existe pas de normes négociées avec les consommateurs. En revanche, le NMBS possède un ombudsman qui publie un rapport annuel sur ses activités.

De façon semblable, en Espagne, une seule compagnie, la RENFE, a le monopole du secteur ferroviaire. Les chercheurs espagnols disent que la RENFE est régie par des règles vieilles et rigides, que son organisation est compliquée et fragmentée en divers départements, ce qui rend tout changement très difficile à imposer.

La RENFE a entrepris toutefois une politique client plus dynamique (enquêtes de satisfaction, indicateurs de performance, suivi des réclamations, etc.). Elle n'est pas allée jusqu'à entreprendre des normes douces négociées.

Les normes douces vont rencontrer différents obstacles tant que le système ferroviaire espagnol ne sera pas privatisé. Même si la privatisation intervient rapidement, il faudra toujours compter sur le fort intérêt du gouvernement pour ce domaine et le passage éventuel à des normes douces négociées avec les usagers sera difficile à obtenir.

SECTION - IV- Le transport aérien.

Le secteur est très réglementé pour des raisons de sécurité évidentes. Les normes douces y jouent donc un rôle très limité.

Les professionnels du secteur, rencontrés par l’équipe de Lex Fori, s’ils ne sont pas hostiles aux normes douces, restent très marqués par des années de réglementation très stricte et s’en tiennent à des formes de normes douces très peu développées, telle la gestion interne d’un service de réclamations.

Sur le plan national, les compagnies ont l'impression de ne pas avoir beaucoup de latitude pour développer des normes douces et se contentent généralement de leurs règles internes et de la réglementation étatique[237].

Il existe, sur le plan européen, deux exemples historiques de normes douces en matière de droits des passagers :

- Denied boarding (refus d'embarquer, plus connu sur le nom de "overbooking") ;

- Code sharing (partage d'un vol par deux compagnies).

Au début des années 1980, les compagnies européennes ont mis au point un code de bonne conduite concernant les refus d'embarquer. Le code n'était pas toujours pas respecté et ne faisait pas l'objet d'un suivi sérieux. La Commission a donc crée une réglementation (qui fait actuellement l'objet d'une révision).

L'AEA (Association of European Airlines), qui regroupe les compagnies nationales européennes regrette, qu'à l'époque la Commission n'ait pas choisi d'améliorer le système mis en place par les compagnies, plutôt que de créer une réglementation, dans un secteur qui en connaît déjà beaucoup. La Commission aurait dû contrôler l'application des normes douces, par des contrôles inopinés, et se plaindre aux compagnies en cas de non-respect du code de bonne conduite. Les concurrents en auraient été informés. Il y aurait eu une pression des autres compagnies pour obliger les récalcitrants à se conformer au code[238].

La Commission aurait dû assurer le suivi de l'application du Code. Cette réflexion rejoint l'idée émise par plusieurs professionnels que la Commission donne trop la priorité à la réglementation plutôt qu'au contrôle et à la surveillance de l'application des normes existantes.

[237] Source d'entretien
[238] *Source entretien*

Effectivement, il y avait peut-être là une occasion manquée d'implanter des normes douces dans un secteur qui en connaît très peu. Il nous semble toutefois que l'échec de cet accord volontaire est aussi largement dû au fait qu'il ne comportait pas de mécanisme de contrôle et de sanction. Ses chances de succès auraient été certainement accrues s'il avait suivi quelques-unes unes des modalités d'organisation que nous détaillons dans la première partie de notre étude.

Il y a quelques mois, la Commission européenne (DG ENERGIE et Transport) a évoqué l'idée d'une charte des droits des passagers. La Commission souhaite avant tout réunir les textes applicables dans un document unique qui pourrait être distribué au grand public, mais s'interroge également sur la possibilité de développer certains instruments de normes douces.

Dans un document de consultation sur la protection du consommateur, elle évoque la nécessité de répondre rapidement aux réclamations et de fournir des statistiques mensuelles en s'inspirant du modèle américain (voir plus bas).

De telles dispositions pourraient faire l'objet d'engagements volontaires de la part des compagnies. En outre, la commission propose de réfléchir à la création par le transport aérien européen d'un ombudsman. Ce serait le premier ombudsman professionnel pan - européen. Cette proposition n'est pas isolée, en Australie, les associations de consommateurs réclament un mécanisme indépendant de traitement des réclamations.[239]

Il y a un réel besoin d'un organisme indépendant et accessible capable de traiter les réclamations des passagers. La demande des consommateurs est très forte. Ainsi aux Etats-Unis, un simple site "web" à vocation commerciale (www.passengerrights.com), créé en avril 1999, a réussi en quelques mois à enregistrer plus d'un million de réclamations et à représenter le tiers de réclamations reçues par le Ministère américain des transports.[240]

[239] Avis de dec 1999 des associations de consommateurs du Victoria.
[240] Roger Collis, "The Delicate Art of Complaining", International Herald Tribune, 14/1/00 p.11

Nous pensons qu'il y a là certaines perspectives à explorer. Bien entendu toute démarche dans ce sens qui voudrait faire usage de normes douces, devrait reposer sur un effort d'éducation préalable, compte tenu du peu de pratique dans le secteur concerné.

La réaction des professionnels est relativement réservée.[241]

L'IATA pense que la Commission est peut-être en train de confondre "droits" et "attentes". Elle considère que les attentes des passagers en matière de qualité de service sont très importantes et que ceux-ci pensent qu'il s'agit de droits. Selon l'IATA, c'est au marché de décider par le libre choix des passagers quelles attentes seront satisfaites, et non à des textes juridiques.

Cependant, compte tenu de la concurrence imparfaite qui existe sur de nombreuses destinations en Europe, sur l'importance de l'horaire de vol en matière de choix de la compagnie par le passager, et l'absence d'informations sur les performances des compagnies en matière de qualité de service, il ne paraît pas déraisonnable d'essayer de mettre sur pied une structure de type ombudsman et même un code de bonne conduite qui permettrait de distinguer les compagnies les plus sérieuses des autres. En tout cas, cela est préférable au système actuel qui semble fondé sur les crises de colère des passagers dans les aéroports et les lettres agressives à l'égard des compagnies.[242]

Aux Etats-Unis, durant l'automne dernier, les pouvoirs publics ont encouragé les compagnies aériennes à développer une charte des droits des passagers. Les efforts des compagnies ont été stimulés par la menace d'une législation.

Les grandes compagnies aériennes[243] ont pris des engagements relatifs aux services offerts aux consommateurs qui font partie d'un programme qu'elles ont accepté pour éviter une législation fédérale sur les droits des passagers. Les engagements ont été transmis au ministère des Transports.

---

[241] Barry James, "Stand Up For Your Rights", International Herald Tribune, 14/4/2000 P.10.

[242] Le personnel au sol de la Compagnie Air France a récemment protesté contre les conséquences d'un excès d'over-booking.

[243] Matthew L. Wald, *U.S. Airlines will list customer-service pledges to ward off legislation*, New York Times.

De nombreuses garanties offertes par les compagnies sont déjà requises par des lois ou constituent des pratiques qui sont largement respectées dans le secteur. Les autres garanties, offertes volontairement par les compagnies, vont devenir légalement exécutoires du fait des engagements publics des compagnies. Le ministère des Transports a précisé qu'une violation de ces engagements serait une pratique commerciale inéquitable. En vertu de la loi, les compagnies aériennes doivent présenter à leur comptoir de vente des copies de leurs contrats de transports. Certains ont voulu inscrire ce type de garanties dans une nouvelle loi, mais les compagnies ont évité cette mesure en précisant au Congrès qu'elles agiraient sur une base volontaire.

Douze mesures volontaires ont été annoncées, comme la promesse de faire tous les efforts raisonnables pour retourner des bagages enregistrés dans les 24 heures (cette question n'était pas réglée par les contrats de transport), de prendre des mesures favorables aux handicapés, de déterminer une politique pour transporter les enfants non accompagnés. Les compagnies s'engagent à informer les clients sur les retards, les annulations et les détournements de manière opportune. Cette question n'est pas réglée dans les contrats de transport. Mais les nouvelles dispositions considèrent que c'est une pratique inéquitable de dire qu'un vol est annulé en raison du temps ou d'une panne mécanique s'il a été annulé pour des raisons économiques, comme la présence d'un nombre trop faible de passagers. Il y a donc un progrès pour les passagers sur ce point.

Si l’on en croit la presse, le résultat des engagements pris par les compagnies est mitigé. Les critiques sont extrêmement nombreuses.

Là encore, il nous semble qu'une partie de la difficulté provient du manque de sophistication des mécanismes mis en place. Aucune structure indépendante de participation, de suivi et de contrôle n'a été mise en place.

Le mécanisme est extrêmement primitif : menace d'une législation provoquant des engagements unilatéraux des compagnies. Ce n'était pas la meilleure façon de procéder et la situation actuelle de confusion et de déception n'est pas surprenante.

Au plan mondial, le transport aérien connaît une forme d'autoréglementation qui fonctionne assez bien sur le plan technique au sein de l'I.A.T.A (l'Organisation internationale des transporteurs aériens). L'IATA possède un forum des consommateurs.

Cet organisme négocie actuellement avec la Commission européenne sur la question des conditions générales de transport aérien. Par ailleurs, dans le cadre de la conférence de l'IATA sur les règles d'attribution des créneaux horaires dans les aéroports, il y a eu des négociations avec la Commission sur le respect des principes de la libre concurrence. Des modifications au texte initial ont été acceptées, en fonction des recommandations de la Commission européenne.

Le débat sur les droits des passagers sur le plan international montre la différence de protection du consommateur, en fonction du niveau de développement des pays. Selon l'AEA, le risque de vouloir imposer une perspective européenne serait de freiner les échanges internationaux et de porter atteinte à la compétitivité des compagnies aériennes européennes. Les compagnies aériennes européennes qui logiquement volent plus dans l'espace aérien de l'Union européenne, que les autres compagnies, sont les plus exposées aux effets négatifs des réglementations européennes.

Les compagnies aériennes sont tellement soumises à de multiples réglementations qu'elles ne sont pas encore prêtes pour une politique de normes douces à grande échelle. Il faudrait qu'il y ait plus de thèmes ouverts aux normes douces pour mettre en place des mécanismes moins primitifs que ceux qui existent à l'heure actuelle (organisme de contrôle et de sanction, négociations avec les consommateurs, etc.).

SECTION - V-

LES NORMES DOUCES DANS L'INDUSTRIE DU TRANSPORT MARITIME AUX ETATS-UNIS.

L'industrie voit dans le recours aux normes douces un instrument économiquement avantageux ; " garder sa maison bien rangée est mieux que passer beaucoup de temps à obéir à des règles gouvernementales " est une expression consacrée.

C'est la politique adoptée par l'industrie du transport maritime aux Etats-Unis. Après une série de graves accidents, le transport maritime a décidé de s'occuper de son programme de sécurité, pour éviter une intervention législative.

Les compagnies de péniches, menées par " Americain Waterways Operators ", l'AWO, ont créé un lobby agressif et mené une campagne publique. Au même moment, l'AWO a créé le Responsible Carrier Programe, qui est un programme pour l'association de 275 membres. Les transporteurs de toutes les catégories travaillent avec les gardes-côtes américains pour développer ce programme.

Ensemble, ils ont développé des règles écrites et des procédures. Le plan peut être adapté à l'entreprise. Une grande compagnie, par exemple, peut décider de créer une équipe de responsables de la sécurité. Les transporteurs doivent compléter ce système avec leurs propres règles. Ils doivent aussi se soumettre à un contrôle qui vérifiera s'ils ont bien développé et suivi le plan de sécurité. Des inspecteurs feront des recommandations que les compagnies devront suivre, si elles veulent recevoir leur certificat. Ces contrôles seront stimulés par les consommateurs et les assureurs qui veulent une vérification indépendante de la sécurité des compagnies.

Quand le plan a été lancé en 1994, les transporteurs voulaient simplement montrer à l'AWO qu'ils avaient mis en place un plan de sécurité. Répondant à de nouvelles peurs dues au naufrage d'une péniche pleine de carburant sur unes des plages de Rhode Island durant l'hiver 1996, le conseil de l'AWO a décidé le recours à une certification, à la demande de ses membres. Tous les membres de l'AWO doivent subir un contrôle de sécurité. Les nouveaux membres ont deux ans pour développer un programme de sécurité et pour le faire contrôler.

Cette décision n'a pas été sans conséquences financières pour l'AWO. L'AWO note que peu d'associations commerciales auraient dépensé de l'argent pour un programme de sécurité. Ceci lui a coûté et des membres et de l'argent. Mais l'AWO pense que cette dépense a été compensée par le bénéfice gagné par les entreprises, les consommateurs et la nation.

Il est difficile d'estimer le succès de ce programme quant au nombre d'accidents parce que l'échantillon donné est pauvre. Toutefois, les compagnies d'assurance pensent que ce programme fonctionne puisqu'elles ont proposé d'assurer les transporteurs, membres de l'AWO, pour des tarifs moins élevés.

SECTION - VI-

Les possibilités de normes douces à l'échelle européenne.

L'expérience de l'AWO peut fournir des enseignements aux entreprises de transport européennes.

Selon la Commission européenne, les organisateurs de transport, responsables du transport local et régional des passagers, devraient comparer leurs performances avec ce qui se passe ailleurs. Ceci les aiderait à comprendre comment ils pourraient améliorer leurs services. De bonnes performances sont toujours reconnues et récompensées. Les solutions pour un meilleur service devraient appartenir aux passagers et au public en général.

La Commission européenne invite l'industrie à suivre ces objectifs en initiant une auto évaluation par les passagers des transports locaux. Dans d'autres secteurs, les organisations ont utilisé des tests d'évaluation pour apporter des améliorations à la qualité du service et aux performances commerciales. Certains organisateurs de transport public ont aussi organisé des tests, comprenant une comparaison entre les différents systèmes de métro.

La diffusion de "benchmarks" européens, la comparaison des meilleures pratiques, une meilleure écoute des usagers, l'établissement d'indicateurs de performance serait une première étape vers le développement de normes douces européennes et la systématisation des normes douces européennes dans le domaine du transport.

Les exemples qui viennent d'être étudiés dans les pages qui précèdent montrent que des mécanismes de normes douces peuvent être mis en place dans le secteur avec un certain succès.

Certes ces exemples ne concernent pas toujours le domaine de la protection du consommateur, mais il n'est pas déraisonnable de penser que si des mécanismes de normes douces peuvent fonctionner dans un domaine aussi sensible que la sécurité du transport de marchandises dangereuses, ils peuvent également être développés au bénéfice des passagers.

Les instruments les plus prometteurs nous paraissent être les suivants :

- Au plan national, les médiateurs / ombudsman.

Nous avons vu, à travers l'exemple du transport terrestre de voyageurs en France, que l'institution du médiateur donne de bons résultats. Un modèle de médiateur des transports pourrait être facilement développé et son adoption encouragée auprès des principales compagnies de transport ferroviaire et de transport public urbain européennes.

Bien entendu, l'institution du médiateur fonctionnera d'autant mieux qu'un système efficace de gestion des réclamations sera mis en place par le transporteur.

- La normalisation technique, appliquée à la qualité du service, notamment la certification des lignes de transport est également une voie à explorer.

- Le développement de contrat type de transport de passagers pourrait être encouragé à la fois, sur le plan national et européen. Il devrait s'agir d'instruments négociés avec les organisations de consommateurs.

- Enfin, une coopération accrue entre pouvoirs publics, organisations d'usagers et transporteurs, pourrait déboucher sur la création d'organismes professionnels mettant en œuvre une forme de co-réglementation indirectement inspirée des expériences américaines (AWO) et néerlandaises (NIWO). Il s'agirait de mettre en place des systèmes d'agrément et de contrôle du sérieux des transporteurs et de la sécurité des transports de passagers.

Cette dernière voie devra être abordée avec précaution compte tenu de la réticence générale envers l'intervention des normes douces dans le domaine de la sécurité.

Elle doit être envisagée à plus long terme et dans la perspective d'une continuation du mouvement de désengagement de l'Etat. Il ne devra s'agir en aucun cas de remplacer un contrôle étatique efficace par un auto-contrôle faible, mais plutôt que compléter un contrôle étatique aux ressources limitées par une auto-surveillance des professionnels aiguillonnés par les organisations d'usagers.

CHAPITRE VI : L’ENERGIE

Tout comme le secteur de l’eau, celui de l’énergie ne s’est pas encore véritablement ouvert aux normes douces.

La réflexion au niveau européen est encore très limitée.

La principale organisation professionnelle, Eurelectric, qui regroupe les producteurs et distributeurs européens d'électricité et est le produit de la fusion de deux associations européennes, n'a pas pour l'instant mené de véritable réflexion sur les normes douces en matière de protection du consommateur d'électricité. Elle n’a pas pour l'instant une vision de ce que pourrait être une soft law européenne dans le secteur.

La réflexion progresse toutefois sur la prise en compte de la satisfaction de la clientèle. Ce qui peut être considéré comme la première étape d'une progression vers les normes douces. Le secteur a réalisé en juin, décembre 1999 une étude sur les meilleures pratiques en matière de relations avec la clientèle[244]. Commentant cette étude dans le cadre d'un séminaire Eurelectric, Alfonso Limbruno d'Enel (Italie) affirmait : *"Electricity companies must set themselves the target of winning the customer's loyalty for which customer satisfaction is a pre-requisite and customer-relations are the means to attain it".*

Sur le plan national, il existe quelques expériences de normes douces, mais qui demeurent encore très peu développées.

La Grande-Bretagne est sans doute à la pointe dans ce domaine.

Dans le secteur de l'électricité et du gaz, le gouvernement du Royaume-Uni a installé des organismes de consommateurs et des régulateurs qui reçoivent les plaintes et qui réglementent les compagnies du gaz et de l'électricité. Ils fixent un plafond des prix et régulent les performances pour que le consommateur bénéficie d'un échange satisfaisant. Pour rendre cette réglementation plus efficace, au Royaume-Uni, le Gouvernement prévoit de fusionner l'Office of Electricity Regulation et l'Office of Gas Supply pour former l'Office of Gas and Electricity Markets.

En outre, des codes de bonne pratique sont en place, dont un exemple est celui de l'Association of Energy Suppliers, AES. Au Royaume-Uni, la compétition entre les fournisseurs de gaz et d'électricité est vive car les utilisateurs peuvent choisir leurs fournisseurs. L'AES a été mise en place pour la protection des consommateurs, en promouvant de bonnes pratiques sur le marché de l'énergie et ses services ou produits en relation avec l'énergie. Tous les fournisseurs qui sont adhérents du Code de l'AES sont d'accord pour se conformer au Code de Pratiques Commerciales de l'AES, ils sont tenus de respecter les procédures de plaintes et ils peuvent faire l'objet d'amendes pour violation du Code ; l'exclusion de l'AES est une peine possible.

[244] "Best practice Benchmarking of Retail Marketing and Customer Relationships"

Le code prévoit la responsabilité des fournisseurs et les conditions que doivent contenir les contrats. Par exemple, le Code indique que les conditions de vente et de service doivent être rédigées en langage simple, que les conditions principales, comprenant le prix, doivent être claires pour le consommateur avant qu'il ne signe le contrat, que les conditions de résiliation du contrat doivent être expliquées.

Le Gouvernement britannique a souhaité discuter des différentes étapes nécessaires pour passer d'une situation de monopole à un marché compétitif avec les professionnels et les représentants des consommateurs.

Les différentes étapes sont : un marché “ pré compétitif ” qui nécessite une réglementation des prix et la protection des consommateurs dans la fourniture et dans la distribution ; puis un marché où la concurrence se développe avec un schéma de régulation des prix, et enfin un marché où la concurrence est totale. Quand le marché est pleinement concurrentiel, le Gouvernement estime que toutes les lois sur la concurrence sont suffisantes pour protéger les intérêts des consommateurs. Mais il a aussi reconnu que certaines règles peuvent être nécessaires pour assurer que les structures soient techniquement compatibles et pour laisser ouvert un accès. Le Gouvernement a aussi suggéré que certaines réglementations sont nécessaires pour que le développement se fasse en accord avec les objectifs sociaux du Gouvernement et avec les obligations de l'Union Européenne.

Le National Consumer Council considère qu'il est prématuré de tirer les enseignements de la réglementation des différents secteurs Il pense que le secteur de l’énergie a été le témoin de différentes étapes vers l'achèvement d'une concurrence effective pour la fourniture des services utiles. Dans les années précédant l’ouverture du marché des télécommunications, la concurrence a commencé à se développer et a eu un impact sur les consommateurs. Le tarif des communications locales n’a baissé que récemment et l’opérateur historique BT, reste la principale opération pour les consommateurs. La compétition dans le domaine de la fourniture de gaz est un phénomène récent et le NCC considère que cette expérience n'a pas tenu compte des intérêts des consommateurs les plus pauvres. L'ouverture à la concurrence du secteur de l'électricité a commencé un peu plus tard que celle du gaz.

Le développement de la concurrence est une tâche complexe. Le NCC et le gouvernement s’accordent à dire que, à long terme, l’ouverture des secteurs du gaz et de l’électricité doit profiter aux consommateurs les plus pauvres. La concurrence devrait être considérée comme un moyen permettant de satisfaire les besoins des consommateurs, et non comme une fin en soi.

Le NCC pense que le Gouvernement et les régulateurs doivent être sûrs que la concurrence est contrôlée complètement pour déterminer comment elle se développe et comment elle peut affecter différents groupes de consommateurs, et plus particulièrement les plus pauvres.

Les arrangements pour protéger les consommateurs doivent être adéquats, contrôlés et renforcés. Les changements futurs de la nature de la réglementation doivent aussi être en harmonie avec les restructurations, surtout par rapport aux grandes concentrations, aux fusions et aux prises de pouvoir.

Les consommateurs ont besoin d'informations claires s'ils veulent faire des choix judicieux entre les divers fournisseurs en compétition sur le marché. Organiser cette information peut être complexe, puisque les fournisseurs offrent différents services. Les régulateurs doivent être sûrs que les compagnies donnent des informations claires et compréhensibles pour que les consommateurs puissent faire la comparaison entre les fournisseurs.

Dans les autres pays européens, les tentations pour développer les normes douces sont très timides.

On est encore loin de ce qui ce fait en Australie où la participation au mécanisme de l'ombudsman des secteurs de l'Energie est une condition de l'obtention de la licence de distributeur et détaillant. (pour l'Etat de Victoria).

Il s'agit plus pour l'instant d'une sensibilisation aux besoins de la clientèle que de l'implantation de normes douces.

L'exemple de l'Espagne est assez représentatif de cette attitude, assez répandue à travers l'Europe. Ainsi l'Union Fenosa (Compagnie d'électricité) possède un service client fonctionnant 24 h / 24, un "club" pour les clients et une politique interne organisée concernant les relations avec la clientèle, mais n'envisage pas de développer des instruments de normes douces (par exemple, un système indépendant de résolution des litiges) avant la libéralisation totale du marché de l'électricité[245].

La compagnie Gas Natural, qui distribue une grande partie du gaz naturel en Espagne, a également une politique client développée (enquête de satisfaction, réunions régulières avec les organisations de consommateurs) mais pas d'instruments extérieurs des normes douces de type code de bonne conduite ou de traitement indépendant des réclamations. Elle professe toutefois un intérêt certain pour le développement de tels mécanismes[246].

La compagnie Sevillana de Electricidad est allée un peu plus loin dans cette voie, sous l'impulsion des autorités andalouses, puisqu'un accord de médiation des litiges a été conclu avec les associations de consommateurs[247].

L'impression générale qui résulte de nos entretiens dans le secteur de l'Energie est, que si les normes douces suscitent un intérêt mesuré dans certains pays, l'attente de la libéralisation du secteur bloque pour l'instant tout développement d'envergure des normes douces. Le point de vue de l'association espagnole de consommateurs, Union de Consumidores de Espana, sur la situation espagnole pourrait s'appliquer à la plupart des pays européens. L'association considère que les rares instruments de normes douces qui peuvent exister à l'heure actuelle, dans le secteur de l'énergie, ne sont pas efficaces et sont surtout des instruments de marketing. L'association a essayé de négocier pendant plus d'un an un accord avec les pouvoirs publics et les entreprises du secteur sans succès.

[245] Source entretien
[246] Source entretien
[247] Source entretien

La nécessité de recourir aux normes douces ne se fera réellement sentir que lorsque le secteur sera ouvert à la concurrence[248].

En France, la concurrence et la déréglementation s'installent lentement. Il n'est donc pas surprenant que les normes douces n'y aient pas encore fait jaillir beaucoup d'étincelles.

On peut signaler toutefois, l'institution du médiateur de EDF qui prend progressivement de l'importance.

Dans les pays scandinaves quelques normes douces ont été développées en ce qui concerne la question des factures d'électricité, mais il s'agit de formes assez " primitives ". En Finlande, l'Association finlandaise de l'Electricité (SENER) a rédigé en 1998 des recommandations sur les factures d'électricité. En Suède, l'Ombudsman a négocié avec les distributeurs un accord sur la présentation des factures d'électricité.

Enfin, au Portugal, une entité régulatrice du secteur a été créée (ERSE - Entidade Reguladora do Sector Electrico). Consciente que son rôle de régulateur ne sera pas complet s'il n'existe pas un moyen de résoudre les conflits entre les opérateurs et les usagers, elle prône la création d'un centre d'information, de médiation et d'arbitrage.

En conclusion, le secteur de l'Energie n'offre pas d'exemple de normes douces très significatives. Il faudrait qu'il atteigne un peu plus de maturité pour que se mettent en place des mécanismes plus marquants.

CONCLUSIONS

Au terme de notre étude des services d'intérêt général et du rôle que les normes douces y jouent, nous arrivons à deux constatations en apparence contradictoires :

- Les services d'intérêt général sont très hétérogènes avec des techniques très dissemblables, des marchés arrivés à des stades de développement très différents et d'importantes variations nationales. Il serait illusoire de vouloir développer dans chacun des secteurs un mécanisme identique de normes douces.

[248] Source entretien

- Il manque une méthodologie unique pour favoriser le développement des normes douces. Le développement des normes douces se heurte à un manque de rigueur et d'information.

En caricaturant un peu, nous pourrions dire que les services d'intérêt général sont encore à l'état de brontosaures pour l'approche des normes douces.

Entièrement mobilisés par des questions d'accès au marché, de libre concurrence, et de technologie, ces secteurs ont encore une approche très primitive à l'égard de la protection du consommateur. Les possibilités qu'offrent les normes douces sont largement ignorées ou méconnues.

Nous avons été frappés lors de nos entretiens avec certains professionnels par l'absence de réflexion construite ou de prise de position à l'égard des possibilités qu'offrent les normes douces, voire d'une méconnaissance totale de la question.

Les questions et réactions des intervenants lors du séminaire organisé par la Commission, le 15 octobre 1999, sur les télécommunications et les normes douces ont confirmé cette impression. Par exemple, certains professionnels et régulateurs ne concevaient pas qu'une norme douce puisse faire l'objet d'une sanction.

Bien entendu, certains services d'intérêt général sont plus familiers des normes douces que d'autres. L'audiovisuel a déjà une longue expérience de l'autoréglementation. Mais les techniques utilisées sont encore souvent assez primitives : simples codes unilatéraux, absence d'organe de surveillance, etc.

Les postes européennes ont développé des instruments intéressants et ont déjà une expérience ancienne des normes douces internationales. Le secteur des télécommunications, s'il est essentiellement tourné vers l'ouverture des marchés montre un intérêt certain pour les normes douces. Les professionnels et leurs associations représentatives, pratiquent peu pour l'instant les normes douces, mais ont déjà une véritable vision construite de la question avec des prises de positions officielles[249]

Nous mettons de côté dans notre discussion, sans pour autant le négliger, le domaine de l'Internet où le débat continue pour savoir s'il s'agit d'un service d'intérêt général, un moyen de télécommunication, un média, ou tout simplement d'une révolution!

Il nous paraît difficile, dans l'état relativement peu abouti des normes douces dans les services d'intérêt général, de développer rapidement un cadre uniforme et homogène, fondé sur de telles normes.

Ce n'est pas pour autant qu'il faille recommander un développement anarchique laissé entièrement aux initiatives individuelles. Une approche un tant soit peu volontariste paraît préférable.

Quasiment tous nos interlocuteurs, lors de nos enquêtes, nous ont manifesté leur curiosité des expériences des autres secteurs, leur besoin d'informations et d'enseignements sur les meilleures pratiques.

Le médiateur d'Electricité de France s'est par exemple adressé au Syndicat National de la vente directe pour en savoir plus sur le système de traitement des litiges.

Il nous paraît indispensable de répondre à ce besoin d'information, en diffusant de façon active la synthèse de la réflexion actuelle sur les normes douces, afin que chacun puisse, au lieu de réinventer des mécanismes maintenant bien établis, commencer dans un cadre réfléchi et construit.

[249] Voir par exemple, ETNO " Reflection Document on the Commission Document… the 1999 Telecommunications Review " sur le site ETNO.org

Nous avons, dans la première partie de notre étude, rappelé les grandes lignes des meilleures pratiques et leurs caractéristiques essentielles (indépendance, contrôle, surveillance, participation, etc.).

Il paraît peu efficace de vouloir bâtir ex-nihilo des mécanismes de normes douces spécialement pour les services d'intérêt général. Certes les différences techniques existent entre les secteurs, mais elles nous semblent moins importantes que les différences culturelles. Il est donc possible de s'appuyer sur l'expérience acquise et de proposer un corpus unique de recommandations à adapter et à reformuler selon chaque secteur.

Cette conclusion nous amène à répondre de la façon suivante aux interrogations de la Commission.

Comment les normes douces pourraient-elles être utilisées pour répondre aux attentes des consommateurs, dans chacun des services d'intérêt général ?

Nous sommes parvenus à la conclusion que la réglementation volontaire, quelle que soit sa forme (qu'il s'agisse de co-réglementation, de recommandation, de code de bonne conduite, de déclarations communes ou de normes de qualité) sera inefficace, à moins que les normes douces élaborées puissent s'appuyer sur des systèmes permettant de surveiller l'application des normes et de modifier les comportements, soit par la sanction, soit par l'incitation.

La confiance des consommateurs, dans un système qui ne pratique pas suffisamment le contrôle et la sanction, s'effrite rapidement.

Il est donc primordial d'organiser la visibilité des mécanismes de contrôle et de sanction. Ceux-ci devront bien intégrer les principes d'indépendance et de transparence posés par la Recommandation 98/257/EC du 30 mars 1998.

Un minimum de rigueur est nécessaire. Il ne s'agit pas de faire n'importe quoi, sous le prétexte qu'il s'agit de normes douces.

Les normes douces ne sont pas de simples pétitions de principe ou des vœux pieux.

Il faut réunir au départ les conditions minimales de succès (voir sur ce point notre première partie) :

- des objectifs clairs.
- un contrôle des voies de recours et sanctions.
- la participation des consommateurs.

La participation des représentants des consommateurs est d'autant plus importante que la tradition du service public entraîne chez l'usager une méfiance accrue à l'égard des initiatives privées.

Dans les Etats membres où existent des représentants reconnus des consommateurs, ceux-ci peuvent jouer un rôle dans le processus de contrôle et de sanction. C'est par exemple, le cas pour la " Consumer Association " en Grande-Bretagne qui a reçu un tel pouvoir en matière de clauses abusives.

Pour les Etats membres qui ne possèdent pas de telles organisations représentatives des consommateurs, c'est à l'autorité régulatrice nationale qu'il appartiendrait de prendre en charge complètement le processus de contrôle et de sanction, mais avec l'obligation de prendre en compte les intérêts des consommateurs.

Il nous semble qu'il y a un rôle spécifique pour l'Union européenne dans l'encouragement et l'accompagnement de ce processus. Cependant il n'existe pas, et il n'est pas souhaitable qu'il y ait une formule unique dans ce cadre.

Bien au contraire, nous pensons que l'Union européenne peut servir, dans ce domaine, d'agent catalyseur et doit favoriser de multiples formes de normes douces et de nouvelles expérimentations.

Les exemples de réglementation volontaire que nous avons étudiés ne témoignent pas d'une réelle implication des organisations de consommateurs, bien qu'on puisse prétendre que lorsqu'une autorité régulatrice est impliquée, elle représente les consommateurs.

Il reste encore des domaines à explorer. Afin d'améliorer l'efficacité de la réglementation volontaire, les initiatives telles que l'ANEC doivent être encouragées.

Selon la Commission (cf. sa communication sur les services d'intérêt général en 1996), la fonction de ces services " comporte une dimension symbolique : les services d'intérêt général offrent des repères à la collectivité et sont constitutifs du lien d'appartenance des citoyens à celle-ci ".

Ce lien d'appartenance pourrait trouver une autre expression dans des normes douces en particulier sous forme de normes douces. Certes l'intérêt général se traduit habituellement par un ensemble d'obligations pour les fournisseurs de ces services, et qui dit " obligations " pense " réglementation ". Mais on peut très bien imaginer que ces obligations soient stipulées par des normes douces.

Même la notion sacro-sainte de " service universel ", permettant d'assurer suivant la formule consacrée " l'accès de tous à certains services de haute qualité à des prix abordables ", n'est pas un obstacle insurmontable pour les normes douces.

Comme le souligne le Comité des consommateurs dans son avis sur le service universel, cette notion n'est pas uniquement synonyme de coût supplémentaire pour le fournisseur. Il peut en résulter une amélioration de son image de marque et de l'accessibilité à son infrastructure.

Des accords sur les modalités du service universel pourraient parfaitement être conclus entre fournisseurs et représentants des usagers, sous l'égide des pouvoirs publics ou de l'autorité publique.

Les fournisseurs assurant un véritable service universel pourraient se voir attribuer un label (" Service public " par exemple) dont ne bénéficieraient pas les entreprises qui refuseraient d'assurer les obligations du service universel.

Il est indispensable de mettre en place des systèmes de normes douces complets et lisibles.

L'environnement réglementaire européen de chacun des services d'intérêt général est-il favorable au développement des normes douces en général et de la réglementation volontaire en particulier ?

L'idée que l'avènement d'une libéralisation totale reposant sur une concurrence effrénée, agrémentée de quelques normes douces, suffirait à garantir une protection efficace du consommateur, reste une utopie.

Les usagers restent attachés à l'existence de protections réglementaires, précises et sécurisantes.

Le débat ne se pose pas en ces termes. En l'état de nos recherches, les normes douces dans les services d'intérêt général restent très peu développées, et à vrai dire balbutiantes. Il serait illusoire de croire que cette situation va changer très rapidement. Les normes douces ne vont pas, d'ici quelques mois, ou même quelques années, remplacer la législation existante. La véritable question qui est posée est de savoir s'il existe un espoir sérieux de développer, dans un délai raisonnable, des normes douces apportant des progrès significatifs pour les usagers des services d'intérêt général ou si la nature de ces secteurs est une entrave rédhibitoire au développement de telles normes.

Il nous semble, peut-être de façon paradoxale, que le domaine des services d'intérêt général, bien que pour l'instant l'un des plus fermés aux normes douces, pourrait s'ouvrir rapidement au développement de normes douces efficaces.

Les obstacles au développement des normes douces dans les services d'intérêt général sont nombreux, et plus encore dans l'hypothèse de normes douces européennes.

A l'heure actuelle l'environnement réglementaire européen dans le secteur des services d'intérêt général n'est pas particulièrement favorable au développement d'une réglementation volontaire, comprenant des normes douces élaborées en coopération avec les usagers ou consommateurs.

Il s'agit là d'une réelle difficulté, car les gouvernements nationaux ne sont pas encore vraiment prêts à déléguer le pouvoir réglementaire à des autorités indépendantes et les autorités régulatrices sont encore "jalouses" de leurs nouvelles prérogatives. C'est un frein considérable à l'essor de la réglementation volontaire.

Une autre difficulté, qui affecte l'impact de la réglementation volontaire dans le secteur des services d'intérêt général, réside dans le fait que les entreprises ont des informations plus détaillées et des ressources plus importantes que ceux qui déterminent la politique ou les autres secteurs.

Comme indiqué plus haut, nous considérons qu'une réglementation, volontaire et efficace, suppose l'existence d'une autorité suffisamment indépendante et dotée de suffisamment de pouvoirs résiduels pour être en mesure de menacer d'intervenir si la réglementation volontaire ne réussit pas.

L'autorité régulatrice doit notamment posséder le pouvoir d'interprétation des règles pouvant être reconnues par les tribunaux.

Mais elle doit aussi avoir la volonté de développer les normes douces, volonté qui n'est pas encore très affirmée chez les autorités régulatrices à travers l'Europe.

Il est rare qu'une autorité nouvellement créée développe d'emblée des mécanismes qui tendent à laisser à d'autres (industriels, consommateurs) l'exercice de ses pouvoirs. C'est d'autant plus vrai pour des autorités indépendantes qui ne dépendent pas du pouvoir politique et sont donc a priori moins influencées par l'opinion publique.

A cela s'ajoute ce caractère hétérogène des services d'intérêt général en Europe. Leur niveau de développement et de libéralisation est très inégal. Comme il l'a été exposé précédemment les normes douces y sont inégalement développées et dans l'ensemble plutôt moins que plus.

Enfin en matière, la connaissance, sans parler de l'enthousiasme est faible. Peu d'acteurs possèdent une réelle pratique de ce type d'instrument. On ne saurait que trop souligner la méfiance qui

peut exister chez certains, et pas uniquement des représentants des consommateurs.

De plus au sein de la Commission, l'idée de mécanismes actifs de normes douces dans les services d'intérêt général n'a pas reçu le développement qu'elle mérite. Ainsi dans la communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe (20 septembre 2000 – COM (2000) 580 Final), il n'en est nulle part question. Il n'est fait allusion (p. 8) qu'à " une représentation et la participation active des usagers dans la définition des services et le choix des formes de paiement ".

Cependant, malgré les obstacles qui viennent d'être cités, les caractéristiques des services d'intérêt général en Europe pourraient permettre un rapide développement des normes douces.

Il s'agit de secteurs à forte concentration économique. Le nombre d'opérateurs est souvent faible et le secteur, très organisé avec des opérateurs dominants ou organisés en associations professionnelles fortes. Il est simple de trouver des interlocuteurs représentatifs et disposant des moyens humains nécessaires pour participer à des accords ou des réglementations volontaires.

Souvent les entreprises possèdent déjà des services étoffés, habitués à dialoguer avec une administration de tutelle.

L'habitude de la réglementation et des relations étroites avec la puissance publique ne peut que favoriser l'établissement d'un dialogue propice à la co-réglementation et à d'autres formes de normes douces.

A condition qu'il y ait une véritable volonté politique au niveau national et européen, une mobilisation efficace des opérateurs est possible. Il s'agira sans doute souvent plus d'informer que de contraindre et de proposer une réelle méthodologie.

L'Union européenne devrait mettre à l'ordre du jour la technique de régulation appliquée aux services d'intérêt général dans chaque Etat membre. Elle pourrait favoriser un changement de mentalités des autorités de régulation, en les instruisant sur les meilleures pratiques en matière de normes et de réglementation.

Par exemple, l'étude de la télévision par câble au Canada, développée précédemment, montre que le mécanisme de normes douces permet de décharger l'autorité régulatrice de la grande masse des plaintes des consommateurs, et donc de se concentrer sur ses activités essentielles, tout en offrant au consommateur un meilleur service, puisque même les plaintes mineures reçoivent une réponse.

Les objectifs fixés devraient pouvoir être atteints par l'utilisation d'une approche fondée sur les normes douces.

Un exemple significatif d'un tel changement d'approche serait de mesurer le respect des normes sur la base des rendements (" output basis ") plutôt que des entrées (" input basis ") afin que les niveaux de réussite puissent être mesurés, avec plus de précision, entre les Etats membres ayant des bases de départ et des marchés différents.

La création de normes techniques universelles et d'organismes de normalisation est un autre exemple intéressant. Bien que, d'une part l'adhésion à ces organismes est le plus souvent purement nationale et d'autre part ne mobilise pas directement les consommateurs, la normalisation est un domaine qui affecte directement les consommateurs et devrait pouvoir leur profiter également. C'est un domaine qui convient aux normes douces et à la participation des représentants appropriés des consommateurs.

Si d'emblée l'environnement réglementaire, mais aussi l'état de la préparation et de la réflexion des professionnels, ne sont pas spécialement favorables au développement des normes douces, nous ne voyons pas d'obstacle rédhibitoire à leur développement. Les expériences des pays tiers (Canada, Australie, Nouvelle-Zélande, par exemple) montrent qu'il est possible de développer, dans les services d'intérêt général, des normes douces possédant un haut degré de sophistication.

L'Europe en général, et les états membres en particulier, n'ont jusqu'à présent rien mis en place de véritablement significatif dans ce domaine. Il serait temps d'entreprendre l'élaboration de mécanismes plus ambitieux de normes douces.

La nature de l'instrument pourra varier puisque l'essentiel est l'objectif et la volonté. Comme l'a justement souligné le professeur SCOTT : " *the key is to abandon an all-or-nothing approach and develop intermediate strategies which fall between command and control regulation and self-regulatory regimes which are often ineffective in delivering public benefits and have even less letigimacy* ".[250]

L'important est d'éviter toute rigidité en combinant les dispositions les plus efficaces.

Les secteurs les plus promoteurs, pour une initiative nouvelle dans ce sens, nous paraissent être les télécommunications, les services postaux et le transport aérien qui possèdent tous un aspect international marqué. De plus, les deux premiers ont déjà une certaine expérience des normes douces et le troisième souffre d'une image négative (ce qui est un facteur favorable, on l'a vu, au développement des normes douces). Une idée, parmi d'autres, serait d'essayer de créer un ombudsman pan-européen pour l'un de ces secteurs. Un tel ombudsman pourrait à la fois tenter de régler, par la médiation, une partie des litiges qui lui seraient soumis et coopérer avec les instances nationales et le nouveau mécanisme de traitement des réclamations transfrontières qui doit être mis en place par la Commission européenne.

La politique en matière de service d'intérêt général doit tenir compte :

- des caractéristiques techniques et économiques du service en question ;
- des besoins spécifiques des usagers ;
- des spécificités culturelles et historiques de l'Etat membre concerné.[251]

On peut imaginer de multiples combinaisons de réglementation et de régulation publiques avec des normes douces. Les pouvoirs publics devraient établir les principes minimums adaptés aux conditions particulières du secteur. Sur la base de ces minima, les entreprises pourraient avoir, par exemple, l'obligation de négocier avec les représentants des consommateurs des instruments de normes douces.

[250] exposé " Soft law and self-regulation in the future of EC telecommunications policy ".
[251] Selon la Recommandation de la Commission COM (2000) 580 Final p. 8.

Quelles sont les personnes qui devraient participer à l'élaboration d'accords volontaires européens ?

Nous avons fait référence plus haut, au rôle des Autorités régulatrices nationales et des représentants des consommateurs.

L'identité des représentants appropriés mérite effectivement une recherche plus approfondie. Il existe une préoccupation légitime concernant la représentativité des groupes d'intérêts (ceci est vrai tant pour les représentants de l'industrie que pour ceux des consommateurs).

Bien entendu, les difficultés sont sans doute plus visibles pour les représentants des consommateurs que pour ceux des professionnels.

Les professionnels sont généralement relativement peu nombreux, dans les services d'intérêt général, surtout comparés aux autres secteurs. Les consommateurs en revanche sont beaucoup plus dispersés et il n'est pas toujours possible de trouver des organisations véritablement représentatives. Il n'existe pas de solution véritablement satisfaisante.

On ne peut que proposer une combinaison de palliatifs :

- participation des autorités régulatrices qui seraient invitées à prendre plus en charge les préoccupations des consommateurs.

- utilisation d'enquêtes d'opinion.

- recours à des personnalités qualifiées, indépendantes, chargées de représenter l'intérêt des consommateurs, sans être pour autant des militants d'organisations de consommateurs.

La question est délicate, comme l’ont montré les expériences, en matière de négociation de normes douces européennes. Elle est d’ailleurs récurrente, l’hétérogénéité des associations de consommateurs en Europe et leur inégale représentativité étant évoquées depuis fort longtemps.

Deux solutions imparfaites nous semblent envisageables :

- Soit d’inviter à la table de négociations les organisations européennes de consommateurs existants, en complétant le cas échéant leur formation technique ou en leur adjoignant des experts.

- Soit de rechercher, pays par pays, une entité susceptible de représenter les consommateurs.

Dans cette deuxième hypothèse, la nature de l'entité pourrait varier suivant le pays, association représentative des usagers d'un service d'intérêt général, ombudsman de type suédois, ombudsman sectorial de type anglais, voire l'autorité régulatrice indépendante du secteur lorsque sa mission inclut la prise en charge des intérêts des consommateurs.

Bien entendu, quelque que soit la solution retenue, les critiques seront nombreuses, mais il serait sain de varier les formules et de les adapter en fonction des secteurs et de la nature plus ou moins technique des règles à déterminer.

Nous voyons un rôle pour l'Union européenne à plusieurs niveaux :

- en plus de l'animation d'un réseau d'information, analyser quels systèmes fonctionnent bien dans quels pays et les réunir dans une structure de coopération administrative. La Commission évoque à juste titre à propos des services d'intérêt général la nécessité d'une coopération plus étroite en matière de protection des consommateurs entre les Etats membres, les autorités nationales de réglementation, les prestataires de services et les représentants des consommateurs.[252]

- agir comme diffuseur de normes de principe, en laissant aux autorités régulatrices le soin de les adapter et de les interpréter, en fonction du marché local, de la façon la plus efficace.

- consulter et informer. Dans sa Communication sur les services d'intérêt général, la Commission préconise le " maintien d'une approche progressive fondée sur l'évaluation de la réforme et des consultations avec les différentes parties concernées " et évoque la publication de livres verts, accompagnés par des consultations publiques[253]

- vérifier régulièrement si les mécanismes de normes douces fonctionnent. Pour qu'une telle vérification soit possible, il devrait exister une obligation d'information, à la charge des industriels. Cette obligation pourrait être utile pour d'autres marchés et favoriserait la transparence. Dans sa Communication sur les services d'intérêt général, la Commission souligne son attachement au " recours à des outils

[252] COM (2000) 580 Final p. 26
[253] COM (2000) 580 Final p. 23.

d’évaluation pour apprécier le fonctionnement, les performances et la compétitivité des services d’intérêt général ”.[254]

- les consommateurs tirent le meilleur profit des normes douces lorsque l'industrie veut favoriser le consommateur et utilise celles-ci pour servir cet objectif (c'est-à-dire lorsqu'elles incitent l'industrie à adopter un comportement qui serait considéré simplement comme une bonne pratique commerciale, dans un marché compétitif). Ceci est particulièrement utile dans les marchés moins compétitifs.

La commission devrait encourager la prise en compte de tels objectifs.

- permettre la transposition de Directives dans chaque Etat membre par le biais de normes douces.

- entreprendre toute action visant à améliorer la confiance du consommateur dans les normes douces.

En conclusion, nous pensons qu’il y a un rôle important à jouer pour les normes douces, dans la protection du consommateur et pour les services d'intérêt général

Nous pensons que l'Union européenne peut avoir une action essentielle, dans ce domaine, par une action combinée regroupant :

- l'encouragement de la recherche dans le domaine des normes douces. La Commission préconise déjà la création d’un “ espace européen de la recherche afin d’améliorer la coordination entre les politiques nationales et communautaires ”[255]. Les normes douces, en particulier dans les services d’intérêt général, pourraient faire partie de cette politique.

- l'aide à la suppression des obstacles réels ou supposés à l'application de normes douces,

- le financement adéquat des organisations de consommateurs,

- la création d'un climat propice à l'échange et à la circulation de l'information,

- l'offre de la possibilité d'utiliser les normes douces dans le processus législatif et la publicité faite à cette possibilité.

[254] COM (2000) 580 Final p. 23
[255] “ Vers un espace européen de la recherche ” COM (2000) 6 du 18 janvier 2000

Il n’existe pas de modèle unique de norme douce, mais une somme d’acquis et de connaissances, qui doit constamment être adaptée à ce qui fonctionne le mieux, dans un secteur particulier ou dans une culture spécifique.

L’approche innovatrice et flexible de la norme juridique douce sera positive et enrichissante si elle proclame d’abord la nécessité d'expérimenter et d'adapter la norme comme une étape initiale et indispensable.

ANNEXES

Annexe 1 : Théorie de la norme

Annexe 2 : Les commissions de litiges aux Pays-Bas

Annexe 3 : Le fonctionnement des codes européens de la vente directe

Annexe 4 : Forces et faiblesse de la norme douce

Annexe 5 : Normes étatiques / normes douces

Annexe 6 : Secteur bancaire canadien

Annexe 7 : Les commissions néerlandaises de litiges du secteur financier

Annexe 8 : Internet

Annexe 9 : Construction résidentielle

Annexe 10 : Industrie de la télévision par câble au Canada

Annexe 11 : Médiateurs de la SNCF et RATP

Annexe 1 : Théorie de la norme

Le concept de “ norme ” est en soi source d’équivoque. Qu’on le veuille ou non, on la frise en utilisant la confusion répandue entre “ norme de fréquence ” et de “ norme de valeur ”. Il est vrai que les normes de fréquence influent souvent sur nos normes de valeur et qu’en d’autres termes, on confond donc souvent ce qui se fait et ce qui doit se faire. Mais, est-ce parce que certaines choses se font d’ordinaire qu’elles doivent se faire ?

Cette réflexion nous amène à évoquer l'éternel débat qui oppose les théoriciens du droit partisans de la thèse " jus naturaliste " à ceux de la thèse " positiviste ".

Suivant le courant " jus naturaliste ", le droit est nécessairement défini en ayant recours aux valeurs. Selon la conception " positiviste ", le droit est défini sans référence aux valeurs généralement quelconques.

D'après le jus naturaliste, toute règle de droit est un instrument pour réaliser les valeurs de celui qui la pose. Il existe à peu près autant de jus naturalistes que l'on peut élire de valeurs différentes (ordre, sécurité, tranquillité publique, justice, liberté, progrès, conformité à la volonté divine, …).

Ainsi qu'on l'a vu, le positiviste partage l'opinion que le droit se définit sans référence aux valeurs. Le positivisme ne consiste pas pour autant à penser qu'un droit n'est justiciable d'aucun jugement de valeur.

Une chose est de recourir à des valeurs pour identifier le droit, autre chose est de s'en servir pour porter un jugement (de valeur) favorable ou défavorable sur un phénomène dont le caractère juridique a déjà été reconnu. Les positivistes partagent donc l'opinion que l'on ne peut définir le droit par référence à des valeurs, parce que celles-ci sont par essence nécessairement relatives et subjectives, de même que leur hiérarchie. Les valeurs des uns n'étant pas plus ou moins légitimes que celles des autres, définir le droit par référence à des valeurs déterminées reviendrait à le définir chacun à sa façon et suivant son bon plaisir, ce qui n'avancerait en rien sa connaissance.

Le positivisme n'implique nullement une considération exclusive pour un droit s'exprimant par une seule source, étatique de préférence. Certains adeptes du positivisme juridique ont prétendu reconnaître le droit, sans recourir à aucune valeur, dans d'autres faits que la volonté du pouvoir, par exemple, dans les mœurs d'une société (si l'on entend par mœurs les conduites recommandées à chacun par son milieu, ce critère n'est qu'une variante de celui de la volonté d'un pouvoir, mais si l'on désigne par ce mot les conduites effectivement adoptées par tous ou par le plus grand nombre, le critère est différent, ce qui ne signifie par pour autant que le fait auquel il s'attache soit sans rapport avec la volonté du pouvoir).

Selon le Philosophe KELSEN, dont les œuvres consacrées à la théorie du droit ont eu un impact majeur sur la pensée juridique du XXème siècle, le droit correspond sans aucun doute à des faits, mais n'est pas lui-même, dans sa partie la plus caractéristique, une réalité soumise à la loi de la causalité et susceptible de faire l'objet d'une science naturelle (exemple : à une altitude donnée, l'eau bout à x degrés).

D'après KELSEN, les faits naturels (scientifiques ou sociologiques) appartiennent au domaine du " sein " à savoir l'ensemble de ce qui est. Et par contre, le droit appartient au domaine du " sollen ", qui correspond à un " devoir être ". Le droit ne serait donc pas dans la nature. Ce qui appartiendrait à ce " sollen " aurait pour principale singularité de " valoir " (" gelten "), au lieu d'" être " à la façon de faits naturels. Ainsi, s'il existe un lien entre le vol et la condamnation qui s'ensuit, ce lien n'est pas un lien de causalité.

Le lien dont question serait un lien d'imputation. La condamnation n'est pas causée par le vol, elle est imputée par le vol. Le droit ne dit donc pas que la condamnation aura lieu, le droit dit qu'elle doit avoir lieu. En effet, il n'est pas toujours vrai que la condamnation aura lieu, mais il est par contre toujours vrai qu'elle doit avoir lieu.

Le " sein " et le " sollen " seraient, d'après KELSEN, irréductibles. Ce fait aurait deux implications :

Ce n'est pas parce qu'une chose est qu'elle doit être. Ce qui se fait couramment n'est pas nécessairement ce que le droit dit qu'il faut faire. En d'autres termes, ce qui se passe dans le " sein " ne pourrait jamais suffire à nous renseigner sur ce que contient le droit.

Ce n'est pas parce qu'une chose doit être qu'elle est. Même quand ce que le droit ordonne ne se produit pas, cela reste dû. En d'autres termes, il ne suffit pas que le droit prescrive une chose pour que celle-ci se produise (si tel était le cas, le droit serait une cause).

KELSEN sépare en outre le " sollen " juridique du " sollen " moral, qui serait également irréductible :

Ce n’est pas parce qu’une chose est due moralement qu’elle est due juridiquement.

Ce n’est pas parce qu’une chose est due juridiquement qu’elle est due moralement.

Nous verrons que la norme juridique se définit comme un vœu impératif, assorti d’une pression par menace de sanction.

Selon le sociologue du droit TIMACHEFF, le droit se définit comme une coordination sociale impérative des conduites à un modèle. Selon lui, pour être impérative et constituer du droit, la coordination sociale des conduites doit être centralisée. Le modèle doit être imposé par des centres actifs du pouvoir, et non avoir pour support la société toute entière comme dans le cas des sociétés dites primitives ou le pouvoir centralisé n’existe pas.

Il y aurait lieu de distinguer le droit, contrainte venant d’un pouvoir centralisé, des contraintes sociales diffuses qui ne seraient pas juridiques parce qu’elles émaneraient du groupe tout entier. Une telle conception peut heurter, dans la mesure où elle semble suggérée par une sorte de “ religion de l’Etat ”. En effet, si ce que la plupart imposent massivement n’est pas du droit pour TIMACHEFF, il semble bien que ce soit parce qu’il évoque quelque chose de plus élevé que le droit. En d’autres termes, le droit ne serait présent selon cette conception que si la coordination impérative à un modèle était non seulement exigée par un centre actif du pouvoir, mais exprimait en outre la conviction éthique du groupe social.

La définition adoptée de la norme juridique, à savoir tout vœu impératif émanant d’un pouvoir quelconque, de toute personne capable de faire pression par la menace d’une sanction, permet de qualifier beaucoup de normes comme juridiques … Ainsi, dans le monde du sport, les normes sont nombreuses, sous le couvert de l’exigence d’une certaine déontologie. Il en va de même des normes appliquées sous la forme des exigences de l’honneur (dettes de jeux,…), souvent propres à certains milieux. Il en va ainsi également de la “ loi du milieu ” interdiction de dénoncer un malfaiteur, obligation de rendre des comptes à un proxénète.

Telles sont les conséquences d'une conception large de la norme juridique. Il est vrai qu'une telle conception pose des problèmes pratiques : si toutes les normes juridiques entendues au sens susmentionné devaient être prises en considération par chaque juriste, cela poserait bien des difficultés … Le danger peut cependant s'avérer illusoire, car si l'on admet que les normes juridiques sont bien plus nombreuses que les volontés étatiques, il est vrai de toute façon qu'elles forment des ensembles distincts et même étanches.

Nous en venons à la notion d'ordre juridique.

D'après KELSEN, le " sollen " conditionne également la notion d'ordre juridique, en ce que le terme " sollen " recouvre également l'ensemble des règles qui permettent et des règles qui habilitent.

KELSEN a particulièrement réfléchi sur le mécanisme de droit de la délégation, et donc de l'habilitation en même temps. Ce mécanisme est omniprésent et banal dans tous ordres juridiques.

L'élément clé de tout ordre juridique est la délégation. Pourquoi déléguer ?

Parce qu'il est impossible de procéder autrement. A partir du moment où le pouvoir doit commander à une population de quelque importance répartie sur un territoire étendu, il devient impossible de commander sans recourir à la délégation.

Un autre bénéfice de la délégation est que le pouvoir a souvent tendance à réserver aux délégués la partie désagréable de l'exercice de l'autorité En effet, lorsque l'autorité les gêne, les gens ont le plus souvent tendance à contester l'échelon de l'autorité le plus proche d'eux.

KELSEN définit l'ordre juridique comme un système dynamique de normes reliées entre elles étagé en degrés de délégations. Par " normes juridiques ", KELSEN entend les " normes générales ", et non une " norme particulière ". Le rapport entre " normes générales " et " norme particulière " est que la " norme particulière " est élaborée d'une manière particulière régie par une norme supérieure. Il en résulte que les normes individuelles sont chez KELSEN de même nature que les " normes générales ", bien qu'elles n'en soient qu'une application.

Les juristes ont l'habitude de ne pas appeler " normes juridiques " les commandements individuels : le juriste ne dira en effet jamais que le jugement est une norme, il en va de même pour les testaments, les actes de nomination … Mais pour KELSEN, il s'agit dans tous les cas de normes juridiques qui se situent certes plus bas dans sa construction étagée. Dans le système kelsénien de la construction par étage, il existe une " charnière " entre les différents étages. Ces charnières sont les actes.

Toute norme est en effet produite par un acte (exemple : l'auteur de l'acte doit être habilité pour que cet acte donne naissance à une norme juridique. Un acte juridique est donc un acte auquel une norme juridique confère une signification juridique. On parle de charnière parce que la plupart des actes juridiques touche à deux choses : une au-dessus et une au-dessous.

Au-dessus : la norme juridique qui habilite l'auteur de l'acte à créer la norme. Au-dessous : la norme que l'acte crée. Ainsi, l'acte par lequel on élabore une norme est un acte qui, à la fois, crée la norme et exécute une autre norme.

La construction d'un étage selon KELSEN a une double extrémité. Il s'agit en fait d'une pyramide.

On distingue une première extrémité, l'extrémité inférieure où l'on trouve non pas des normes, mais des actes d'exécution. Ces actes sont juridiques parce qu'ils sont posés en vertu d'une habilitation. Contrairement aux autres actes situés " plus haut " dans la construction, les actes de l'extrémité " inférieure " ne créent pas de norme juridique (par exemple : l'arrestation, la saisie, l'expulsion, …) parce qu'ils ont été posés en vertu d'une habilitation. D'un point de vue matériel et de ce seul point de vue, ces actes ne sont pas différents d'autres actes dépourvus de base juridique (exemple : rapt, séquestration, …). La différence entre ces actes ne réside pas dans le " sein " mais dans le " sollen ".

A la seconde extrémité de la pyramide, donc au sommet, il existe nécessairement un " sollen "juridique. D'après KELSEN, cette norme juridique, on ne la voit pas, mais on l'infère. La logique kelsénienne implique nécessairement de supposer qu'il y a une norme qui habilite le premier acte fondateur qui semble être au sommet de l'acte juridique. Cette norme, KELSEN l'a appelée " Grund norm " . Celle-ci juridifie l'ordre tout entier, et est la seule à n'être pas habilitée par une autre norme. Cette " Grund norm " est nécessaire pour que tous les autres actes en cascades soient juridiques.

A quoi s'identifient les ordres juridiques pour KELSEN ? Il identifie les ordres juridiques aux Etats. Selon lui, le droit se subdivise en plusieurs ordres juridiques qui sont les Etats. Il n'existerait donc qu'un seul ordre juridique par endroit.

KELSEN définit l'Etat comme l'ensemble des normes juridiques en vigueur dans un même système. KELSEN n'affirme donc pas que l'Etat est l'auteur d'une norme juridique. Il en résulte que pour KELSEN, les jugements, le testament, sont les pièces de l'immense construction par étage qu'il appelle Etat.

Ainsi, la distinction entre droit public et droit privé est idéologique : elle tendrait à créer la mystification suivant laquelle il y aurait une différence fondamentale entre les normes qui viendraient de l'Etat (lois, arrêtés, etc.) et d'autres normes qui ne viendraient pas de l'état et qui seraient en quelque sorte reconnues par lui. KELSEN affirme qu'il n'existe aucune différence fondamentale entre ces deux types de normes : lorsque X conclut un contrat, il y est habilité, de même lorsque le Premier ministre prend un arrêté.

KELSEN affirme que la distinction droit public/droit privé n'est pas scientifique parce qu'elle est floue, mais parce qu'elle sert à dissimuler l'identité foncière des normes comme les lois et les arrêtés. KELSEN reconnaît qu'il existe des ordres dans lesquels une grande partie de l'activité est régie par des contrats, et qu'il existe par contre des ordres juridiques dans lesquels on ne peut presque rien faire par contrat Il va de soi que le premier exemple correspond au modèle démocratique.

Que dit KELSEN du droit international ? Il en parle comme d'une réalité évidente. Or l'existence de l'ordre juridique international n'est pas évidente. En effet, il est incontestable que le phénomène juridique au plan international paraît beaucoup plus ténu qu'au plan national. Il paraît encore plus dogmatique de parler de droit international comme s'il n'existait qu'un seul ordre juridique international

KELSEN choisit, du droit international, la conception moniste.

KELSEN reconnaît que l'apparente superposition, à chaque endroit, d'un ordre juridique local et l'ordre international qui se superpose, dont il reconnaît la juridicité, pose problème.

KELSEN affirme que pour résoudre ce problème, le choix s'offre entre une attitude moniste et une attitude dualiste :

- Le monisme consiste à dire qu'il ne peut y avoir qu'un seul ordre juridique par endroit, et que par conséquent, si on ne nie pas la juridicité du droit international, on doit considérer qu'en tout lieu, le droit étatique local et le droit international font partie d'un même ordre.

- Par contre, le dualisme consiste à dire qu'il existe en tout endroit deux ordres juridiques : l'ordre juridique étatique et l'ordre juridique international.

KELSEN choisit l'attitude moniste parce qu'il estime l'attitude dualiste logiquement intenable. En effet, selon sa thèse, s'il existait deux ordres juridiques au même endroit, on devrait admettre qu'il y aurait deux " Grund normer " indépendantes l'une de l'autre, et éventuellement concurrentes. KELSEN a donc choisi le monisme par élimination.

Il existe deux types de monisme : le monisme à prééminence internationale et celui à prééminence nationale.

Le monisme à prééminence internationale implique que les Etats sont les délégués de l'ordre juridique mondial, et qu'ils ne sont par conséquent que des ordres juridiques partiels. Cela implique donc que l'on admette que le droit international contient une règle qui habilite les Etats à prendre leurs normes, pourvu que ces Etats soient effectifs. Cette thèse, adoptée par KELSEN, comporte un aspect gênant : qui croit sérieusement que les états existent par le fait du droit international ? Cette théorie est donc tout à fait artificielle.

Par contre, d'après la théorie moniste à prééminence étatique, les normes internationales valent au sein de l'Etat parce que celui-ci a décidé de s'y soumettre.

Revenons à la structure de l'ordre juridique étatique.

Le nombre des étages varie d'un ordre juridique à l'autre, et à l'intérieur d'un même ordre juridique, d'une époque à l'autre.

1).- L'étage constitutionnel.

En droit anglais, par exemple, il n'existe pas d'étage constitutionnel. Cela ne veut pas dire que les Anglais n'ont pas de règles qui ont le même objet que ce que l'on appelle en droit continental ou en droit américain, le droit constitutionnel. Il n'est cependant pas contesté que ces règles ne figurent pas à un étage spécial.

2)- L’étage législatif.

En droit international, l’étage législatif fait le plus souvent défaut. Il existe certes des règles, mais celles-ci sont prises en vertu d’un traité, alors que l’étage législatif doit se trouver au-dessus et non au-dessous des contrats. Il existe certes des coutumes internationales, mais on ne peut pas assimiler celles-ci à des droits. En effet, celles-ci ne sont pas des décisions générales, délibérées et connaissables avant d’être appliquées.

L’étage législatif manque aussi dans certaines sociétés archaïques.

3) - L’étage judiciaire.

En droit international, l’étage judiciaire fait lui aussi défaut. Certes, il existe des cours internationales, mais ces cours sont des organes institués par traités. Il n’existe pas de juge international qui s’impose à un Etat qui n’a pas consenti par traité à être jugé par ce juge.

L’étage judiciaire manque aussi dans les sociétés archaïques où règne la vendetta (exemple : Corse au XIXème Siècle). Ce système existe dans presque toutes les sociétés archaïques. L’on en trouve encore aujourd’hui certaines traces (exemple : Sicile). Selon ce système, s’il est aussi répréhensible de tuer et voler, la sanction n’est pas infligée par des “ professionnels de la sanction ” (policiers, juges, etc.) mais par chaque personne offensée. Ainsi, les victimes ou les proches doivent régler les problèmes eux-mêmes.

Ce système est certes dangereux puisqu’on est à la fois juge et partie. Mais il reste que l’on ne doit pas naïvement dire qu’il existe une anarchie totale, et que n’importe qui fait n’importe quoi. Les fonctions de la justice sont plus ou moins exercées, mais il n’existe pas d’étage judiciaire : se sont des particuliers qui en sont chargés.

Dans les sociétés internationales, c’est la guerre qui tient lieu de vendetta.

Généralement, les normes prescrites par l'Etat et ses autorités légiférantes imposent des " normes de valeur ", en ce sens qu'elles prescrivent un comportement idéal auquel il y a lieu de se conformer. Il s'agit là d'un schéma théorique : bien souvent, les normes sont infléchies par influence de la " norme de fréquence " : la pratique généralement suivie par les différents destinataires agit en " feed back ", et oblige l'autorité légiférante à adapter la " norme de valeur " la " norme de fréquence ".

Ce qui caractérise la réglementation volontaire de la réglementation étatique est que la première formalise en général les comportements les plus souvent suivis par le milieu ou les groupes considérés. Ainsi qu'on le verra, autoréglementation peut aussi servir à " moraliser " une profession, mais cela est plus rare.

A partir du moment où une norme douce est assortie d'une pression par menace de sanction, même morale (exclusion à l'avenir d'une confédération représentative, impact négatif sur la réputation …), cette norme est susceptible de faire partie d'un ordre juridique propre, distinct de l'ordre juridique étatique. Les normes douces propres à une profession déterminée peuvent donc être en soi les éléments d'un ordre juridique non étatique. Ce n'est que si l'on veut revêtir ces normes d'une effectivité dans l'ordre juridique étatique, elles nécessiteront de recevoir une habilitation de l'Etat.

NS TIMACHEFF : Introduction à la sociologie juridique, Paris, Pedone, 1932, p.7

Annexe 2 : Les commissions de litiges aux Pays-Bas

§1 - Présentation générale

Il faut distinguer les commissions de litiges placées sous l'autorité de la *Stichting Geschillencommisies Consumentenzaken* (Fondation des commissions de litiges pour les affaires de la consommation) et les autres commissions de litiges.

Les premières sont instituées selon un modèle fixe. Elles sont reconnues par le ministère dont elles reçoivent l'aide financière. Les autres commissions sont instituées et financées par le secteur professionnel concerné.

Dans le secteur financier, il existe des commissions des deux types.

La Fondation des commissions de litiges des affaires de la consommation, la commission de litiges des affaires bancaires et la commission de litiges CFH

La Fondation des commissions de litiges des affaires de la consommation fut instituée en 1971 ; il s'agit d'une coopérative qui regroupe l'Union des Consommateurs (*Consumentenbond*), l'ANWB, et de nombreuses organisations professionnelles et entreprises. Le but de la Fondation est de résoudre les litiges qui surviennent entre les consommateurs et les professionnels, d'une manière simple et rapide et à un moindre coût.

La Fondation des commissions de litiges des affaires de la consommation supervise 23 commissions de litiges qui officient dans les domaines les plus divers, notamment le barreau, l'industrie automobile, les affaires bancaires, le nettoyage chimique des vêtements, l'électronique les financements hypothécaires, les entreprises de nettoyage, les transports en commun, les optiques, la poste, les agences matrimoniales, les entreprises de peintre et de plâtrier, la télécommunication, le textile, les entreprises de vente par correspondance, les entreprises de pompes funèbres, les entreprises de déménagement et les hôpitaux.

Dans le secteur financier, seules la commission de litiges des affaires bancaires et la commission de litiges du Code de conduite de financements hypothécaires, (CFH), sont placées sous l'autorité de la Fondation des commissions de litiges des affaires de la consommation. Elles ne dépendent pas seulement de l'autorité du secteur financier.

Le secrétariat de toutes les commissions est situé à Den Haag. Le fonctionnement des commissions de litiges repose sur un contrat entre la branche professionnelle concernée, la Fondation des commissions de litiges des affaires de la consommation, l'Union des Consommateurs et l'ANWB.

La Fondation impose certaines conditions aux commissions voulant se placer sous son autorité. Ces conditions concernent l'exigence d'un nombre minimum de plaintes à traiter, la composition de la commission, la participation du secteur professionnel concerné aux frais de la commission et le fait que ce secteur doit être suffisamment organisé. Par exemple, il doit y avoir une organisation professionnelle dans ce secteur.

Il existe d'autres exigences importantes.

Les professionnels qui veulent instituer une commission doivent s'engager à respecter les règles et les avis contraignants de cette commission.

Pour prévenir le développement des litiges, la Fondation demande que les conditions générales de vente soient équitables. Les négociations concernant les conditions générales de vente sont menées par l'Union des Consommateurs et le secteur professionnel concerné.

La Fondation demande également que la commission, qui veut se placer sous son autorité, ait reçu l'agrément du ministère de la justice sur la base du règlement de reconnaissance des commissions de litiges. Ce règlement contient les exigences relatives aux commissions de litiges et à leur procédure afin que la justice soit rendue en toute indépendance. Ainsi, la procédure doit être contenue dans un règlement écrit que la commission doit appliquer. D'autres conditions concernent le droit d'être entendu et réentendu, ainsi que la récusation.

Le ministère de la justice n'accorde une aide financière qu'aux commissions reconnues par la fondation.

Le consommateur profitera de la qualité et de la sécurité provenant de la reconnaissance gouvernementale dont bénéficient les commissions placées sous l'autorité de la Fondation.

§ 2 - Le financement et la composition des commissions de litiges

La composition des commissions de litiges est uniforme. Une commission comprend un président, des vice-présidents, des membres de l'Union des Consommateurs et parfois de l'ANWB et des représentants du secteur professionnel concerné. Ainsi, la commission de litiges des affaires bancaires comprend un représentant des banques, un membre de l'Union des Consommateurs et un président juriste. Le président, les vice-présidents ainsi que le secrétaire doivent être des juristes. Les membres des commissions sont nommés par la Fondation.

La Fondation gère le financement des commissions placées sous son autorité. L'Union des consommateurs, l'ANWB, les organisations industrielles appartenant à une commission de litiges et le ministère de la justice sont les bailleurs de fond.

Dans le secteur financier, les commissions de litiges ne dépendant pas de la Fondation et qui ne sont donc pas reconnues par le ministère ne reçoivent pas son aide financière.

La commission des litiges boursiers est entièrement financée par les professionnels. La commission du Bureau d'Enregistrement du Crédit est financée par le BEC qui est lui-même financé par ses membres.

§3 - La procédure devant les commissions de litiges

Que les commissions dépendent ou non de la Fondation, la procédure est semblable. Avant de saisir une commission, le consommateur doit toujours porter une réclamation préalable devant l'entrepreneur concerné.

Souvent l'absence de conciliation entre le consommateur et l'entrepreneur pourra être prouvée par une pièce écrite Certains entrepreneurs ont institué une procédure interne de réclamation préalable. Les conditions de vente de la poste par exemple prévoient une telle procédure.

Les pièces liées au litige doivent être envoyées au secrétaire de la commission. Des témoins ou des experts peuvent intervenir à la demande d'une des deux parties ou sur l'initiative de la commission. Chaque partie peut donner son avis sur les rapports ou les opinions des experts. Les parties sont entendues ; leur absence n'est pas sanctionnée.

Toutes les commissions statuent en équité. L'avis contraignant peut être soumis à un magistrat afin de recevoir une opinion complémentaire. Le plaignant peut demander des indemnisations devant toutes les commissions. Aucun règlement de commission ne permet à un entrepreneur de former une demande reconventionnelle.

A l'exception de la commission CFH, les commissions ne peuvent juger que les plaintes émanant de personnes physiques n'agissant pas en qualité de professionnels. La commission du BEC ne peut accorder une indemnisation supérieure à 5000 florins et elle n'indemnise pas les préjudices moraux. La commission de litiges des affaires bancaires ne peut traiter les litiges dont l'enjeu est supérieur à 100 000 florins.

Les commissions de litiges rendent des avis contraignants. Il en va ainsi même pour la commission CFH et pour la commission de litiges des affaires bancaires car les professionnels concernés se sont engagés à respecter leurs avis. La reconnaissance de la force contraignante des avis est une des conditions imposées par la fondation. Cette obligation ne concerne pas les "ombudsmen" qui rendent des avis non contraignants. L'"Ombudsman" tentera de convaincre l'entrepreneur de respecter son avis, s'il n'y parvient pas, le consommateur devra recourir à une juridiction étatique.

Le consommateur doit consigner auprès de la commission une somme d'argent égale à la somme litigieuse. S'il est débouté, l'entrepreneur recevra cette somme. Cette exigence est la garantie que l'avis de la commission sera également contraignant pour le consommateur.

§ 4 - Evaluation des commissions de litiges néerlandaises

En 1982 et 1985, la SWOKA, une institution d'étude du droit de la consommation, a effectué une évaluation sous l'autorité de la Fondation. Bien que les deux rapports ne traitent que des commissions placées sous l'autorité de la Fondation, ils donnent une bonne idée de ce que les consommateurs pensent des commissions de litiges en général.

Il n'est pas étonnant que la satisfaction des plaignants soit liée aux résultats de la procédure. Les résultats de l'évaluation permettent de déterminer les besoins des commissions. Les autres enseignements de l'évaluation concernent la simplicité de la procédure, les revenus des plaignants, le professionnalisme des commissions et le déroulement des séances.

Les consommateurs les moins instruits ou les moins fortunés sont les moins satisfaits : ils critiquent la complexité des procédures et le niveau trop élevé des cautions. Les consommateurs les plus jeunes et les plus instruits critiquent le manque de professionnalisme des commissions. Un quart des consommateurs se déclare insatisfait des procédures.

Le rapport de la SWOKA montre que les consommateurs trouvent que la procédure est trop longue. Mais il révèle également qu'elle leur paraît plus longue qu'elle ne l'est réellement.

Le lecteur intéressé par l'approche néerlandaise pourra trouver d'autres exemples dans nos développements sur les services financiers, la publicité, l'Internet et la vente par correspondance.

Annexe 3 : Le fonctionnement des codes européens de la vente directe

§ 1 - Indépendance

Comme nous l'avons indiqué plus haut le code européen prévoit que l'administration du code doit être indépendant.

Nous constatons que cette condition est bien remplie pour la plupart des pays.

Néanmoins certains pays (Danemark, Finlande) n'ont pas d'administrateur, ou ont un administrateur non-indépendant (Luxembourg). Cette lacune semble s'expliquer par le fait que ces fédérations n'ont pas pour l'instant reçu de réclamations.

L'Italie a un système à deux étages. L'administrateur est une commission issue de la profession, mais c'est une commission paritaire à laquelle participent les organisations de consommateurs qui doit intervenir lorsque le litige ne peut pas être réglé par l'administrateur. La Commission toutefois n'a pas eu à intervenir depuis 2 ans.

La nécessité de désigner un administrateur, pour traiter des réclamations qui n'existent pas, peut ne pas paraître évidente. On le comprend aisément. Cependant cette attitude est critiquable.

En premier lieu, le rôle de l'administrateur ne se limite pas à l'arbitrage de réclamations, il a également un rôle de surveillance du respect du code par les membres.

En second lieu, l'absence d'administrateur indépendant décrédibilise le système et n'incite pas le consommateur à confier ses réclamations éventuelles à un tel système.

Le non-respect du code européen sur ce point nous semble une lacune regrettable.

En ce qui concerne les autres pays, le système le plus pratiqué est la désignation d'une personnalité indépendante, généralement un avocat. Seuls quelques pays (France, Allemagne, par exemple) ont retenu un mécanisme plus complexe avec une commission composée de personnalités qualifiées.

Cette dernière formule nous paraît préférable, car elle permet d'intégrer des sensibilités différentes, dans l'organe de contrôle.

§ 2 - Réclamations

La question du nombre de réclamations est généralement assez révélatrice de l'efficacité d'un système autoréglementation.

Un système qui traite 50 réclamations par an n'est pas forcément moins efficace que celui qui en traite 200. Cependant celui qui n'en traite aucune s'expose à la critique. Dans tout secteur d'activité, il y a forcément des consommateurs mécontents. C'est le propre de la nature humaine. Un système de résolution des litiges, aussi élaboré qu'il soit, perd toute crédibilité s'il n'est saisi d'aucune réclamation.

Nous avons constaté que le nombre de réclamations traitées par les fédérations était généralement faible. Le système le plus actif n'en traite que 100 par an (Grande-Bretagne). Rapportés aux nombres de transactions commerciales, ces chiffres sont faibles. Mais il faut tenir compte du fait que d'une part le montant moyen des transactions est faible (inférieur à 15 livres en Grande-Bretagne) et que les réclamations sont le plus souvent adressées aux entreprises qui ont l'obligation d'avoir un interlocuteur spécifique pour les traiter.

En Suède, à la fin des années 80, on comptait de l'ordre de 20 à 40 plaintes par an. En 1998, il n'y a eu aucune réclamation et seulement une affaire en 1999. Ce nombre est à comparer avec plus de 5 millions de contacts (et non de contrats) de la vente directe avec les consommateurs suédois.

Il est certain que l’existence d’un système de filtrage, d’abord par l’intervention de la personne chargée des réclamations dans l’entreprise, puis éventuellement du secrétariat de la fédération, fait que le nombre de réclamations qui parviennent jusqu’à l’administrateur de code est sensiblement réduit.

Toutefois, une ambiguïté demeura toujours: Le faible nombre de réclamations est-il dû au traitement efficace de celles-ci en amont, ou au découragement ou au manque d’information ?

Aussi apparaît-il indispensable que l’administrateur puisse être informé des réclamations enregistrées par les entreprises. La solution adoptée par la fédération britannique, mais pas par toutes les fédérations nationales, d’astreindre les entreprises à tenir un registre des réclamations, inspecté par l’administrateur du code, devrait être systématiquement étendue.

Il a lieu de s'interroger sur les systèmes qui ne reçoivent aucune réclamation (Luxembourg, Danemark, République Tchèque, Finlande, Pologne). Certains mécanismes sont de création récente (1999) et ne sont pas encore connus du grand public.

D'autres mécanismes, notamment dans les pays scandinaves, connaissent la concurrence de mécanismes étatiques de résolution des conflits par l'arbitrage et la conciliation. En Finlande, par exemple, les municipalités possèdent des offices de la consommation qui sont le recours naturel des consommateurs mécontents. Il va de soi que dans un pays où le consommateur dispose d'un recours efficace et facile d'accès, il aura tendance à le saisir au détriment du recours offert par la fédération de la vente directe, mécanisme sans doute moins connu.

Il serait plus rationnel que les mécanismes qui ne reçoivent aucune plainte soient modifiés dans le sens d'un renvoi des éventuelles réclamations vers les mécanismes étatiques et de l'abandon d'un mécanisme qui ne fonctionne pas, sauf à se faire mieux connaître auprès de grand public.

§ 3 - Publicité

Les interrogations qui précèdent laissent à penser que la publicité et la transparence d'un mécanisme d’autoréglementation sont des éléments-clés de son succès.

Le code, et son fonctionnement doivent être connus, à leurs degrés divers, par les entreprises bien sûr, mais aussi par les vendeurs, et les consommateurs.

Nous constatons que la vente directe a mis au point de bons instruments en la matière, mais n'a pas encore réussi à les diffuser à l'ensemble de ses fédérations.

Pour l'instant, nombre de fédérations ne pratiquent pas la publication annuelle d'un rapport sur l'application du code et la publicité des décisions rendues.

Certaines fédérations montrent pourtant clairement la voie :

La fédération britannique distribue 20.000 exemplaires du code par an au public, elle adresse un rapport annuel, rédigé par l'administrateur indépendant, au gouvernement et aux organisations de consommateurs. Ce rapport contient parfois des critiques et des suggestions d'amélioration du système.

En Suède, une brochure "Comment acheter chez soi" est distribuée, notamment par l'intermédiaire des offices municipaux de consommation.

La fédération française recourt à la presse et à Internet pour communiquer sur le mécanisme autoréglementation. Elle a créé un CD-Rom de formation, pour les vendeurs, sur leurs obligations.

La Suède publie les décisions rendues.

Une autre forme de publicité très pratiquée est de faire figurer le logo de la fédération nationale sur les documents commerciaux de l'entreprise. En Suède, par exemple, tous les contrats ont le logo de la Fédération et les coordonnées du responsable consommateur de la société. Mais le plus souvent l'indication des coordonnées de la fédération n'est pas fournie.

La pratique de la fédération française nous paraît préférable. Elle fait indiquer ses coordonnées complètes dans les colis que reçoivent les consommateurs. Certes les fédérations souhaitent avant tout diriger les réclamations sur les entreprises, interlocuteur privilégié des consommateurs. Mais l'indication précise des voies de recours est un gage de sérieux du système. La fédération française a d'ailleurs constaté une augmentation des réclamations, notamment des consommateurs les plus " faibles ", sans que la systématisation de l'indication de l'existence de la fédération, sur tous les documents commerciaux, ne provoque un afflux ingérable de réclamations.

§ 4 - Brebis Galeuses

L'une des principales critiques adressées à l'encontre de l'autoréglementation concerne le fait qu'elle est inefficace à l'égard des brebis galeuses, en particulier en ce qui concerne les non-membres.

En ce qui concerne la vente directe, si bien évidemment il n'existe pas de sanctions possibles à l'égard des non-membres, l'autoréglementation a néanmoins un effet en ce qui les concerne.

Certaines fédérations (France - Grande-Bretagne) acceptent les réclamations dirigées contre les non-membres. Ces fédérations interviennent pour le compte des consommateurs auprès des non-membres, avec succès dans la plupart des cas. Dans ces deux pays, près de la moitié des réclamations concernent les non-membres. La fédération française va même jusqu'à prendre à sa charge les frais de justice des consommateurs qui acceptent de saisir la justice. Elle se porte partie-civile dans une trentaine de dossiers par an.

La fédération allemande agissait en justice contre les non-membres aux pratiques douteuses, jusqu'à ce qu'une modification de la loi allemande lui supprime cette possibilité.

En Suède, la fédération s'est engagée vis-à-vis du Consumer Board à garantir l'exécution de toute décision judiciaire ou para-judiciaire prononcée à l'encontre de ses membres, sur la plainte d'un consommateur. En ce qui concerne les non-membres, la Fédération n'a pas le droit d'agir en justice, mais est tenue informée de toute décision, par le Consumer Board.

Une autre possibilité utilisée par plusieurs fédérations est la dénonciation aux autorités nationales des pratiques douteuses (Grande-Bretagne, Suède). En Italie, la fédération nationale transmet les réclamations concernant les non-membres aux organisations de consommateurs .

En ce qui concerne les membres, les sanctions sont relativement rares. La nature consensuelle de autoréglementation favorisent les solutions à l'amiable. La fédération française a tout de même infligé 4 suspensions et une exclusion.

En Suède, en 1999, la Fédération a eu un gros problème avec une société multinationale d'origine américaine. La difficulté a été résolue en prenant contact, grâce à la coopération de la fédération britannique, avec la maison-mère américaine de cette société.

En Finlande, une méthode un peu plus forte a été employée avec une autre société étrangère. Pendant 2 ans, la FDMA a essayé d'obtenir d'elle le changement de ses pratiques douteuses et a fini par envoyer son dossier au "market court". La société qui était membre à titre probatoire a essayé de prolonger son adhésion à la FDMA, mais la Fédération a refusé tant que cette société n'avait pas "fait le ménage" ; c'est finalement ce qu'elle a fait en se débarrassant d'une cinquantaine de vendeurs. Depuis lors, il n'y a plus de plaintes à son sujet.

§ 5 - Rapidité de traitement des réclamations

Les réclamations lorsqu'elles existent sont généralement traitées très rapidement pour la quasi-totalité d'entre-elles

Grande-Bretagne 21 jours – Suède et Italie 1 mois - France 68% en un mois - Pologne : quelques mois.

§ 6 - Résultat

Nous n'avons pas obtenu des informations très détaillées sur la nature des réclamations et leur taux de résolution. La fédération française fait état de 100% de règlement des litiges concernant les non-membres et 74% pour les membres.

§ 7 - Participation des consommateurs

Dans l'ensemble, la participation des consommateurs aux différents mécanismes est relativement faible. C'est dommage, car une participation accrue de ceux-ci ne pourrait qu'accroître la crédibilité du système.

Mais il faut reconnaître que cela n'est pas toujours chose facile. Certaines organisations de consommateurs refusent par principe de participer, refusent de se "compromettre". D'autres invoquent le manque de moyens.

En Allemagne, devant la difficulté d'obtenir la participation d'associations représentatives de consommateurs, la Fédération nationale a confié à un professeur de droit réputé le soin de représenter les consommateurs.

En France, la Fédération nationale n'a pu obtenir la participation de l'ensemble des organisations représentatives, lors de la conclusion du premier “ contrat de confiance ”, il y a une dizaine d’années. Elle a dû se contenter de dialoguer avec deux organisations qui participent à l'administration du Code par le biais d'une commission paritaire.

Toutefois d'autres organisations semblent intéressés par le mécanisme et pourraient le rejoindre sous une forme ou une autre. Déjà, lors du renouvellement du “ contrat de confiance ”, elles étaient plus nombreuses.

Le dialogue paraît relativement fructueux, puisque le système actuel tient compte de certaines réflexions des consommateurs. Par exemple, la critique initiale du manque de formation des vendeurs au respect du code a débouché sur la création d’un CD Rom de formation, tandis que le souhait plus récent de la certification des services donne lieu actuellement à une expérimentation menée par la fédération française. Une norme technique est en cours d’élaboration avec l’organisme français de normalisation (AFNOR).

Au Luxembourg, un dialogue existe avec la principale organisation de consommateurs (U.L.C). Il en est de même en Pologne.

Dans les pays Nordiques, une coopération étroite existe non pas avec les consommateurs mais avec les structures publiques qui ont en charge leurs intérêts.

§ 8 - Le contrôle du mécanisme

Le contrôle du fonctionnement du mécanisme autoréglementation par une structure ou organisme indépendant extérieur, distinct de l'administrateur du code, et jouant un rôle d'auditeur est un gage supplémentaire de sérieux. Quel que soit le secteur, cet élément est souvent négligé. La vente directe ne fait pas exception.

Aucun des mécanismes nationaux ne fait l'objet d'un audit extérieur. Toutefois, les fédérations françaises et suédoises sont soumises au contrôle des autorités publiques qui vérifient le fonctionnement du mécanisme.

En France, un service du ministère de l'Economie et des Finances (la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes) vérifie l'application du Code tous les 2 ans, dans le cadre du "contrat de confiance". Le dernier contrôle date de 1998 et a concerné une vingtaine d'entreprises.

En Suède, la Fédération se réunit une fois par an avec "le consumer Board", organe administratif présidé par le "consumer Ombusdman", pour faire le point des réclamations et de leur suivi.

§ 9- La révision du code

La révision du code est prévue par l'ensemble des fédérations avec une périodicité variable 4 ans (Grande-Bretagne) 3 ans (République Tchèque, Italie), 2 ans (France) qui peut être fixée à l'avance (France) ou empirique (Suède).

Annexe 4 : Forces et les faiblesses de la Norme Douce

Si la norme douce présente l'avantage de garantir, dans un certain nombre de cas, des règles adaptées et flexibles et des mécanismes de résolution des litiges simples, rapides et peu coûteux, il n'en reste pas moins qu'elle apparaît au vu des mises en œuvre qui en ont été faites comme présentant certaines faiblesses parmi lesquelles son aspect non obligatoire, un contrôle lacunaire et des sanctions limitées.

Il convient de reprendre les critères dégagés pour une norme efficace et de les confronter aux normes douces.

§ 1 - Les avantages des normes douces

1.1 - Qualité de la Règle

En premier lieu, les règles élaborées par un instrument de "soft law" peuvent être plus satisfaisantes que celles prévues par la réglementation étatique. Elles peuvent se révéler particulièrement appropriées dans la mesure où elles sont élaborées directement par les personnes concernées par l'application de ces règles. Ces personnes ont acquis une bonne connaissance des problèmes de leur secteur Proches des réalités, elles disposent de l'expertise pour réglementer leur activité.

Face à la technicité croissante que la norme est conduite à régler, la "soft law" peut garantir des règles meilleures que celles élaborées par le législateur.

1.2 - Flexibilité

Selon le gouvernement australien, l'autoréglementation est un moyen flexible de promouvoir "les meilleures pratiques" dans une industrie, plutôt qu'une conformité minimale avec les dispositions légales. Les codes de conduite peuvent être conçus pour les exigences d'une industrie et se concentrer sur les difficultés spécifiques auxquels est confrontée cette industrie. L'autoréglementation peut entraîner des coûts de mise en conformité plus bas pour les entreprises que la réglementation gouvernementale, et dans un marché compétitif, cela signifie des prix plus bas pour les consommateurs.

S'agissant de la flexibilité des règles, les normes douces peuvent être plus rapides qu'une loi à élaborer ou à amender. En effet, une modification de la législation implique souvent une procédure assez lourde, alors que l'amendement d'un instrument de normes douces peut être assez simple et rapide. Cette flexibilité permet de répondre en temps utiles aux changements éventuels.

L'administration australienne reste lucide dans son appréciation de l'autoréglementation : *"l'autoréglementation est souvent une solution plus flexible que la réglementation étatique. Cependant, il est nécessaire de veiller à ce qu'elle ne devienne pas une charge pour l'industrie avec des coûts prohibitifs de mise en conformité, en particulier pour les petites entreprises. Il est également nécessaire de réduire le potentiel anticoncurrentiel des mécanismes d'autoréglementation, en s'assurant qu'ils ne créent pas des barrières à l'entrée dans le secteur, ni n'entravent l'innovation et la concurrence, entre les entreprises participantes".*

De plus, la "soft law" peut mieux réglementer certains problèmes que la loi : ainsi les codes britanniques des pratiques publicitaires et des ventes promotionnelles et les codes de l'association de marketing direct et du comité indépendant pour la supervision des standards des services d'information par téléphone ont témoigné de la capacité des codes de conduite à gérer des questions telles que le bon goût et la décence, difficiles à encadrer par la loi. En effet, une législation sur ces questions laisse toujours planer un doute sur une volonté de censure.

1.3 - Complément

Enfin, une législation peut exister mais demeurer inappliquée ou présenter des lacunes (par exemple en ne couvrant pas l'ensemble d'une activité). Un instrument de normes douces palliera cette difficulté dans certains cas. Ainsi, en France, les ouvrages de stockage des effluents d'élevage ne sont pas tous soumis à la réglementation concernant les installations classées.

Le Code des bonnes pratiques agricoles énumère un certain nombre de mesures, destinées à l'ensemble des installations, pour éviter tout contact entre les effluents et les eaux superficielles. On dispose ainsi d'une norme en dehors du champ d'application de la réglementation[256].

[256] Cf. Samuel Maurice, *La lutte contre la nitrification des eaux : les apports du Code national des bonnes pratiques agricoles.*

1.4 -Autodiscipline

Et les règles d'un code de conduite bénéficient d'un facteur d'effectivité qui fait défaut aux règles qui ont force légale : ce sont des règles que ses destinataires se sont engagés à respecter. D'après Marc Elvinger[257], ce point est essentiel : *"les facteurs autodiscipline et autocontrôle sont particulièrement importants dans des domaines où il est très difficile de détecter les cas de manquement à la règle. Ici, le caractère strictement obligatoire de la règle n'est plus le principal gage de son efficacité"*. Et l'auteur de citer la question des conflits d'intérêts entre le banquier et ses clients. Il est souvent difficile de déterminer si, lorsque de tels conflits surviennent, le banquier a manqué à son obligation de loyauté à l'égard de son client.

Et le client n'a souvent pas les moyens de se rendre compte qu'il fait les frais d'un conflit d'intérêts. Dans ce domaine, la déontologie est plus efficace que des règles contraignantes.

Ces règles devront être respectées principalement parce qu'elles font partie du métier du banquier, et non parce que leur violation peut entraîner des sanctions. Marc Elvinger conclut : "c'est donc (…) moins la sanction de la règle que son caractère persuasif qui importe, et il n'est guère douteux que, lorsque les risques de sanction par voie d'autorité sont limités, les règles les plus persuasives sont celles que l'on s'est soi-même engagé à respecter".

Les partisans des normes douces considèrent également que le contrôle et l'application des règles sont plus satisfaisants dans les cas d'autoréglementation. Selon certains représentants du patronat français, l'auto surveillance constitue le meilleur mécanisme de contrôle. On se surveille entre concurrents et l'on dénonce les infractions commises par les autres. Il paraît toutefois peu satisfaisant de laisser l'initiative du contrôle aux seuls professionnels. En effet, rien ne les empêche de s'entendre pour ne pas dénoncer certaines pratiques.

[257] *Libres propos sur l'utilité d'un code de bonne conduite en matière bancaire.*

1.5 - Coût

Par ailleurs, l'auto-exécution des codes n'entraîne pas de coût pour le gouvernement et donc n'a pas de coût pour la société. L'avantage de ce type de contrôle réside dans le fait qu'il n'est pas nécessaire de mettre en place un corps gouvernemental chargé de veiller au respect des normes douces. Cela permet d'éviter les contrôles administratifs trop tatillons et des dérives bureaucratiques maintes fois dénoncées par les professionnels. Toutefois, l'on peut s'interroger sur l'objectivité du contrôle effectué, dans la mesure où les professionnels sont, dans cette hypothèse à la fois juges et parties.

1.6 - Résolution des litiges

S'agissant du recours, les normes douces peuvent mettre en place des mécanismes de résolution des litiges plus simples, plus rapides, et moins coûteux que ceux prévus par la loi. Des schémas de litiges ont été proposés dans certains pays, comme une alternative au système des tribunaux C'est le cas en Australie : le gouvernement a encouragé ces mécanismes. (Il a publié en 1997 un guide à ce sujet intitulé "Benchmarks for industry-based customer dispute resolution schemes"). Le problème se pose plus particulièrement pour tout ce qui a trait à la consommation.

Comme il a été dit précédemment, le gouvernement et les tribunaux australiens ont reconnu que les coûts et les retards de la justice ont réduit l'accès du consommateur moyen au système des tribunaux. Ces derniers tentent de mettre en place des mécanismes alternatifs de résolution des litiges.

Mais le ministère australien de la Consommation a estimé que ce type de mécanisme devait également être mis en place en dehors des tribunaux.

Ces schémas de litiges ont en réalité répondu à un besoin de résolution des litiges qui soit sans frais, accessible et efficace. Depuis 1990, de nombreuses industries australiennes ont mis en place des schémas de résolution des litiges qui jouent un rôle essentiel comme alternative à une action légale coûteuse, aussi bien pour les professionnels que pour les consommateurs. D'après le ministère de la Consommation, la valeur de schémas d'autoréglementation efficace est de plus en plus appréciée.

Outre une gestion rapide des plaintes des consommateurs, ces schémas permettent aux industries de cerner les problèmes auxquels font face leurs consommateurs et de prendre des mesures pour les résoudre, sans qu'une intervention gouvernementale soit nécessaire.

Le gouvernement australien met en avant une résolution des litiges, reposant sur une méthode informelle et dirigée plutôt que formelle et contradictoire. L'accent a été mis sur la résolution précoce des litiges par consensus, afin de diminuer les coûts, d'augmenter la productivité et d'établir de meilleures relations entre les parties.

L'objectif est de n'utiliser ces schémas que lorsque l'on ne peut résoudre le litige au niveau de l'entreprise. En Australie, les schémas de résolution des litiges sont considérés comme utiles, d'un point de vue commercial. Ils permettent d'améliorer les pratiques commerciales et la qualité des biens et de services vendus aux consommateurs.

En résumé l'autoréglementation présente les avantages suivants :

- souci du détail, la lettre aussi bien que l'esprit ;
- rapidité, flexibilité ;
- efficacité en terme de coût ;
- renversement de la charge de la preuve au profit du consommateur ;
- indépendance ;
- effet préventif ;
- utilisation des talents et de l'expertise de l'industrie et des représentants des consommateurs.

Les avantages des normes douces par rapport à la loi sont clairs. Mais il ne s'agit pas pour autant d'une panacée. La "soft law" se caractérise également par un certain nombre de faiblesses.

§ 2 - Les inconvénients des normes douces

Le NCC[258] a recensé de manière assez détaillée les défauts présentés par les instruments de normes douces.

2.1 - Champ d'application

L'un des inconvénients flagrants d'un accord d'autoréglementation réside dans le fait qu'il ne s'applique pas aux commerçants qui ne sont pas membres du schéma. Or, lorsqu'il n'y a qu'une couverture partielle, ce sont souvent ceux qui demeurent en dehors du schéma qui sont responsables des principaux problèmes de consommation.

Nous ajouterons que de nombreux instruments de normes douces apparaissent souvent comme de simples documents à caractère exclusivement incitatif en raison de leur contenu “ recommandatoire ” et /ou de la subordination de leur caractère obligatoire à leur adhésion.

Ces instruments, adoptés sur une base volontaire, ne s'appliquent qu'aux personnes qui ont donné leur accord, tandis que la loi est d'application universelle, sa force étant obligatoire pour tous. Comme les codes sont la propriété des associations professionnelles, ils ne servent pas de base de standards commerciaux pour les non-membres. Or, certains membres de ces associations considèrent comme un inconvénient le fait de respecter des niveaux de conduite plus élevés que leurs concurrents non-membres[259].

2.2 - Comportements anticoncurrentiels

D'un autre côté, lorsqu'il y a une couverture totale au sein d'un secteur commercial ou professionnel, il peut y avoir une forte tendance vers des comportements anticoncurrentiels, particulièrement lorsque les restrictions "auto-imposées" imposent des barrières pour entrer ou rendent difficile l'exercice d'un choix informé par les consommateurs L'autoréglementation efficace, organisée sur une base collective, implique une certaine forme de restrictions du type d'un cartel.

---

[258] *Models of self-regulation. An overview of models in business and the professions.*
[259] Cf. OFT, *Raising Standards of Consumer Care*.

"Moins l'autoréglementation a de dispositions susceptibles d'attirer l'attention des autorités chargées de la concurrence, plus il est probable qu'elles produise des avantages tangibles et significatifs pour les consommateurs. Par exemple, il est fréquent que l'autoréglementation conduise à des prix inutilement élevés.

Ainsi, il existe une frontière ténue entre l'autoréglementation dans l'intérêt du public et les pratiques restrictives, ainsi que le montrent des exemples dans différentes professions".[260]

- Il peut y avoir une distorsion du marché. Les non-membres d'un schéma d'autoréglementation n'ont pas l'obligation de suivre les règles, de sorte qu'ils risquent de saper le marché avec des standards moins élevés.

- Même les commerçants participants au schéma peuvent ne pas prendre au sérieux les obligations résultant de l'autoréglementation.

2.3 - Confusion

Une pléthore de codes, et souvent leur inaccessibilité, rend difficile l'éducation des commerçants, des consommateurs et de leurs conseillers respectifs sur leurs obligations et leurs droits. Ainsi, le ministère britannique du Commerce et l'Industrie estime que les icônes sur Internet, qui promettent aux consommateurs qu'ils sont en relation avec des commerçants fiables, sont si nombreuses qu'il peut être difficile de savoir ce que ces commerçants garantissent.

[260] Exemple donné par le N.C.C.: la rédaction des actes de cession en Grande-Bretagne a été longtemps réservée aux avocats. Pour "protéger les intérêts des consommateurs", leurs règles interdisaient la publicité. La levée de ces deux règles (l'ouverture des actes de cession à des non-avocats en 1990, et la déréglementation progressive de la publicité au début des années 1980) a entraîné une forte baisse des prix pour l'achat de logements en même temps que la concurrence augmentait.

2.4 - Sanctions

Seule une gamme limitée de sanctions existe pour la violation des règles résultant de l'autoréglementation. Les sanctions habituelles seront l'expulsion (mesure qu'une association professionnelle, par exemple, sera peu encline à prendre) ou une amende (qui semble rare en pratique). Parfois, il n'existe aucune sanction, comme pour le code de bonne conduite sur les étiquetages verts.

De notre point de vue, nous ajouterons que l'un des problèmes qui se pose en la matière est celui de l'indépendance du corps de contrôle chargé de prononcer les sanctions (cf. infra).

2.5 - Confiance

- La confiance du public peut faire défaut : il peut y exister un certain scepticisme sur l'engagement des intérêts commerciaux pour la teneur des réglementations et leur application.

Nous ajouterons que l'efficacité se mesure par la confiance des citoyens dans la norme. Or le problème de la norme douce est que les citoyens peuvent se méfier d'un corpus de règles élaborées directement par les acteurs concernés, craignant qu'ils ne soient pas réellement disposés à élaborer des règles contraignantes.

Si c'est une association de commerçants ou de professionnels qui a édicté des normes, on peut douter de la capacité à la fois de défendre les intérêts de ses membres et de prendre en compte l'intérêt public.

Des doutes sur l'impartialité peuvent naître quand l'association en question est responsable de l'application des normes et impliquée dans les mécanismes de résolution des litiges. C'est pourquoi le NCC estime que pour obtenir la confiance du public, il faut que le schéma volontaire garantisse un examen, un contrôle et des sanctions avec une supervision indépendante.

- Il y a des doutes réels et /ou supposés sur la capacité des associations professionnelles pour représenter à la fois les intérêts de leurs membres et aspirer à un rôle d'intérêt public.

- Une autoréglementation inadéquate peut agir comme une barrière à une législation adéquate.

- Comme pour la législation, s'il n'y a pas d'engagement et des ressources pour le contrôle et l'application, l'efficacité sera limitée.

A nos yeux, le contrôle et l'application constituent précisément l'une des faiblesses de la norme douce. Plus on se rapproche des mécanismes d'autoréglementation "pure", plus on a de chances de faire face à des mécanismes de contrôle et d'application faibles ou inexistants. Il s'agit là d'une lacune qui rejaillit sur l'efficacité de la norme douce. Si aucun contrôle n'est prévu, le respect des règles est laissé à la bonne volonté des acteurs.

Rien ne garantit qu'ils s'impliqueront concrètement afin de se conformer aux dispositions qu'ils ont élaborées. Se pose ainsi le problème de la motivation des entreprises. En effet, pour que l'instrument de normes douces mis en place soit réellement efficace, il faut que les dirigeants de l'entreprise aient réellement la volonté de respecter l'instrument de norme douce. Cette volonté peut précisément faire défaut.

Une autre faiblesse, qui n'a pas été soulignée par l'étude précitée, tient à la connaissance qu'ont les protagonistes de l'existence de normes douces. C'est la question de la publicité dont bénéficie l'instrument de norme douce. Dans bien des cas, l'instrument de normes douces n'est pas connu par le public. Partant de là, son utilité et son efficacité sont nécessairement réduites.

M. Roger CLARKE, quant à lui, ne croit pas à la réussite de l'autoréglementation en dehors d'un cadre réglementaire solide. Cela est particulièrement vrai pour lui en ce qui concerne l'Internet. *"Market Forces are subject to many imperfections. It is in the economic self-interest of individuals and corporations to exploit those imperfections, and to generate new ones. Unsurprisingly, self-regulation has continually demonstrated itself to be inadequate by itself, and only of value if it is instituted within a context."*

Annexe 5 : Normes étatiques / Normes douces

La réglementation étatique a été dénoncée comme étant excessive, coûteuse et inefficace. Des modèles alternatifs ont été recherchés.

Les règles déterminées par la réglementation étatique ont souvent été critiquées. Elles sont parfois jugées peu adaptées, rigides et complexes. De manière plus générale, on reproche à la réglementation étatique d'avoir donné lieu à un phénomène d'inflation normative. De très nombreux textes sont adoptés chaque année, et ce phénomène induit souvent une grande complexité, des incohérences et parfois même des contradictions.

Aujourd'hui en France, par exemple, il y a 8100 lois, et environ 110 000 décrets et 360 000 règlements en vigueur. Il devient donc de plus en plus difficile de respecter le principe selon lequel nul n'est censé ignorer la loi. Et le phénomène d'inflation normative s'accélère : le Parlement français votait 80 lois par an en 1960, 100 en 1990 et 110 de nos jours. Sans compter que ces lois sont de plus en plus longues. Il paraît tout aussi difficile de croire que tous ces textes sont efficaces.

D'aucuns ont pu également reprocher à la réglementation étatique de ne pas parvenir à trouver un juste équilibre entre des dispositions trop souples ou trop restrictives. La réglementation étatique est souvent dénoncée comme étant trop tatillonne, et comme un frein aux initiatives et à l'innovation.

Dès lors, ont émergé différents instruments développés par des ordres juridiques privés que l'on englobe sous le vocable de "soft law".

De plus, la loi est souvent considérée comme peu flexible. La procédure législative est relativement lourde, impliquant de nombreuses consultations et des navettes au sein des assemblées parlementaires. En partie pour cette raison, d'aucuns accusent la loi de devenir rapidement obsolète. Enfin, il existe souvent un décalage dans le temps entre la prise de conscience d'un problème donné et la réponse apportée par le législateur.

La légitimité de la loi est également remise en question. Les problèmes sont de plus en plus techniques, et l'on reproche fréquemment au législateur une certaine méconnaissance de ces problèmes. La question de l'expertise se pose donc avec de plus en plus d'acuité.

- L'Inadaptation de la Norme Etatique

D'autre part, certains secteurs ou certains sujets se prêtent mal à une législation. C'est le cas de domaines qui concernent les libertés publiques, dans lesquels une intervention législative est souvent considérée comme un moyen de contrôle ou de censure (on peut citer comme exemple la réglementation d'Internet ou les dispositions sur la violence et la décence à la télévision).

Cet aspect inadapté de la loi est également valable pour certaines questions qui ont trait à la consommation. Les infractions qui sont constatées dans ces domaines sont souvent mineures, ce qui rend la législation peu appropriée pour réglementer ces questions.

Enfin, certains secteurs connaissent des évolutions extrêmement rapides, qui ne permettraient pas à la loi de les encadrer, chaque législation devenant rapidement obsolète. C'est en tout cas l'argument des plus grandes entreprises mondiales impliquées dans l'Internet (Time Warner, AOL, Fujitsu, Vivendi…). Elles plaident pour le laisser-faire du marché et pour l'autoréglementation. *"Aucune législation ne peut suivre le rythme de croissance d'Internet"* a ainsi déclaré Thomas Middelhof, président de Bertelsmann et coordinateur du Global Business Dialogue on Electronic Commerce (GBDe).

Le gouvernement néo-zélandais reconnaît la difficulté de légiférer en matière d'Internet :

"*Le marché électronique se développe rapidement. La réglementation étatique, même si elle peut apparaître souhaitable pour d'autres raisons, ne pourrait pas sans doute être développée, modifiée ou abrégée assez rapidement pour répondre aux besoins de marché".*

Toutefois, il refuse d'admettre que les professionnels seraient les acteurs proéminents de la protection du consommateur comme le proclament certains. Il considère qu'il n'existe pas une solution unique, mais que la nature globale d'Internet exige une coopération accrue de tous, afin de créer un climat de confiance et de s'assurer que les droits du consommateur soient protégés.

Les gouvernements doivent s'assurer que les professionnels prennent effectivement les mesures d'autoréglementation nécessaires et que cette réglementation soit efficace. Face aux critiques qui pensent que toute réglementation est un frein au développement du commerce électronique, le gouvernement néo-zélandais rappelle que la confiance du consommateur, élément clé du développement de ce commerce, ne peut être obtenue que si ses droits sont protégés de façon efficace.

Comme le rappelle Eric A. Caprioli[261], avocat et professeur à l'Université de Nice, le cadre du commerce électronique conduit à s'interroger sur la capacité des tribunaux à l'appréhender de manière satisfaisante.

En effet, les litiges qui surviennent en matière de commerce électronique se caractérisent par un certain nombre de spécificités liées :

- A la technologie utilisée qui constitue pour l'instant un domaine mal maîtrisé voire inconnu pour les magistrats.

- Au caractère international des transactions (de plus, les règles de droit international privé relatives aux rapports contractuels et délictueux ne sont pas toujours adaptées à ces nouvelles réalités).

- Au montant des transactions dont la majorité est inférieure à quelques centaines de francs. Dès lors, le recours à un juge est impossible, dans la mesure où il entraînerait des frais disproportionnés par rapport au montant du bien ou du service acheté.

- Au fait que les lois et les conventions internationales sont souvent perçues comme inadaptées à ce type de litige (loi sur la presse). D'aucuns pensent que l'autoréglementation est plus à même de les régir. C'est par exemple le cas de Pierre Trudel, avocat canadien ou du Conseil d'Etat français, qui prône une co-régulation.

[261] *Arbitrage et médiation dans le commerce électronique (l'expérience du " CyberTribunal ").*

Dès lors, un "CyberTribunal" a été mis en place en 1996 par le Centre de recherche en droit public de la Faculté de Droit de l'Université de Montréal pour résoudre les conflits de l'Internet. Nous reviendrons à l'exemple du Cybertribunal dans une section consacrée à Internet. (Voir chapitre IV).

Les règles qui sont déterminées par la réglementation étatique sont donc soumises à de nombreuses critiques. Mais le contrôle et l'application de la réglementation étatique sont également remis en question. Les organismes de contrôle font parfois preuve d'un comportement trop zélé, voire, selon les propres termes de l'OFT, de "suffisance".

Les moyens financiers et humains pour garantir le respect de la norme peuvent être insuffisants. Les mécanismes de contrôle peuvent entraîner des phénomènes bureaucratiques, et déboucher sur des retards, voire des paralysies. Et, dans les faits, peut manquer une réelle implication des pouvoirs publics, qui ne s'engagent pas à faire respecter telle ou telle disposition légale.

Il existe en effet de nombreuses distorsions entre ce qui est prévu en droit et ce qui se produit dans les faits. Cela peut résulter, dans certains cas, d'une défaillance des pouvoirs publics dans leur mission de contrôle ou d'une tolérance à l'égard de comportements illégaux. Enfin, la mise en œuvre de la réglementation étatique peut se révéler coûteuse lors de son interprétation et de son application.

En dernier lieu, les mécanismes de recours prévus par la réglementation étatique sont souvent jugés avec sévérité. En effet, les procédures devant les tribunaux sont souvent complexes, longues et coûteuses. Elles sont jugées trop compliquées par les citoyens. Leur longueur s'explique en grande partie par l'encombrement auquel doivent faire face les différentes juridictions. Enfin, les coûts de ces procédures sont généralement assez élevés. Un certain nombre de litiges se prêtent mal à une action en justice, en particulier lorsqu'il s'agit de violation mineure de la loi ou d'un dommage dont le montant est faible.

Enfin, dans la pratique, tel type de comportement frauduleux peut ne pas être condamné, en dépit des prescriptions législatives (c'est, par exemple, le cas en France pour de nombreuses infractions au droit du travail).

Les inconvénients de la réglementation sont donc les suivants :

- coût, lenteur, lourdeur, est réactif plutôt que préventif ;
- application de la lettre plus que de l'esprit ;
- risque de censure ;

Les travers de réglementation étatique ont conduit à la recherche de mécanismes alternatifs. Parmi ceux-ci, les instruments de normes douces ont pu être présentés comme un moyen de remplacer la loi. La question se pose donc de savoir si ces instruments sont réellement adaptés.

La norme douce : une norme adaptée

Si la norme douce doit répondre aux critères d'efficacité de toute norme, y compris des normes étatiques traditionnelles, il n'en reste pas moins qu'elle doit présenter des spécificités propres, qui constituent son intérêt. Ces spécificités expliquent que certains pays ont cru pouvoir en faire une norme autonome, susceptible de remplacer la réglementation étatique. Cependant, elles présentent certaines faiblesses, qui justifient que des précautions particulières soient prises.

Certains gouvernements ont cherché à promouvoir les normes douces comme un moyen de supplanter la réglementation étatique. Cette prise de position semble reposer sur un à priori idéologique très favorable à la "soft law". Un examen plus objectif et une étude des forces et des faiblesses des normes douces, conduit à penser qu'elles sont plutôt destinées à jouer un rôle complémentaire par rapport à la loi.

La "soft law" a parfois été présentée comme une alternative à la législation. Ainsi, un certain nombre de pays ont cherché à promouvoir des mécanismes permettant de pallier les défauts de la réglementation étatique.

Ce fut par exemple le cas en Grande-Bretagne[262], où la loi sur le commerce équitable de 1973 fait un devoir au directeur de l'OFT d'encourager les associations professionnelles à élaborer des codes de conduite pour sauvegarder et promouvoir les intérêts des consommateurs. Ces codes ont été initialement promus comme une alternative à la réglementation étatique.

L'Australie et la Nouvelle-Zélande ont également tenté de développer les mécanismes de normes douces, pour éviter d'avoir à recourir à une législation. Le ministère australien de la Consommation[263] rappelle que la valeur de l'autoréglementation efficace de l'industrie a été de plus en plus reconnue, et que les schémas de résolution des litiges établis par l'industrie permettent à cette dernière de cerner les problèmes rencontrés par leurs consommateurs et de prendre des mesures pour les résoudre, en réduisant la nécessité d'une intervention gouvernementale.

Les instruments de normes douces ont donné des résultats satisfaisants. Le gouvernement australien a dès lors entendu encourager le développement de tels schémas, et a, entre autres, publié un rapport intitulé "Benchmarks for industry-based customer dispute resolution schemes", pour aider les entreprises à en instaurer.

Le gouvernement australien a rappelé en 1998[264] qu'il encourageait les entreprises à se réglementer elles-mêmes plutôt que de compter sur le gouvernement pour le faire à leur place. Il estime que l'autoréglementation efficace dispose du potentiel pour atteindre des améliorations plus grandes et plus durables dans les pratiques commerciales, qu'en recourant à la négociation et à la consultation qu'une législation et une application normative. Les consommateurs peuvent bénéficier par les entreprises au service des consommateurs et d'une attention plus soutenue mise à la responsabilité des comportements des professionnels.

[262] Cf. OFT, *Volontary Codes of Practice*.
[263] *Benchmarks for industry-based consumer dispute resolution scheme*.
[264] Consumer Affairs Division. Department of Industry, Science and Tourism, *Prescribed codes of conduct*.

Le gouvernement australien[265] part des postulats suivants :

➢Les forces compétitives du marché offrent de plus grands choix et de plus grands avantages aux consommateurs.

➢Le gouvernement envisage une intervention lorsqu'il existe un échec du marché ou un besoin prouvé d'atteindre un objectif social particulier.

➢Des codes de conduite efficaces constituent la méthode préférée d'intervention.

➢Lorsqu'un code de conduite n'est pas efficace, le gouvernement peut aider l'industrie à réglementer efficacement.

Ce gouvernement a décidé de s'engager dans la diminution du fardeau réglementaire qui pèse sur les entreprises, en particulier sur les PME. Ces dernières sont souvent contrariées et surprises par la complexité et le coût, pour faire face à la réglementation gouvernementale. Le gouvernement a dès lors considéré que l'autoréglementation par l'industrie constituait l'une des premières options de réglementation et a fourni des conseils sur les circonstances dans lesquelles l'autoréglementation est appropriée. Il a étudié toutes les alternatives envisageables pour régler les problèmes politiques, y compris l'autoréglementation.

Pour sa part le gouvernement néo-zélandais[266] estime qu'il est clair que la plupart des avantages offerts au public qui sont inhérents à la réglementation peuvent être atteints par une autoréglementation efficace, sans encourir nécessairement les coûts et le manque de flexibilité d'une réglementation formelle. Il cite comme exemple de ces avantages :

➢ Résoudre les problèmes liés aux manquements d'un marché par le moyen de révélation d'information et /ou l'interdiction de certaines pratiques.

➢ Encourager le respect des lois existantes et améliorer les standards commerciaux.

➢ Contrôler le respect du code.

[265] Consumer Affairs Division. Department of Industry, Science and Tourism, ou Hon Warren Truss MP, *Codes of Conduct. Policy framework.*
[266] *Guideline on Developing a Code of Practice.*

- Prévoir des mécanismes de réclamations et de résolution des litiges.

Le gouvernement néo-zélandais considère que l'autoréglementation offre la possibilité de fixer les principes de la réglementation générale de la consommation et de spécifier comment ils vont être appliqués dans un secteur particulier. En effet, les règles déterminées par la loi tendent à être générales dans leur nature et universelles dans leur application.

L'autoréglementation offre la possibilité d'adapter les règles aux circonstances spécifiques de tout secteur, et de faire face aux questions comme celles des standards de performance ou les termes du contrat, d'une manière transparente qui peut ne pas être possible avec une loi. Et un code de conduite peut améliorer l'accès des consommateurs à la loi.

Un code permet un langage plus approprié aux besoins des consommateurs et des commerçants. Il établit des standards de performance qui rendent plus claires les obligations des commerçants et peut faciliter une résolution rapide et peu coûteuse des litiges, par un processus établi en vertu du schéma d'autoréglementation.

Il convient toutefois de préciser que le gouvernement néo-zélandais ne considère pas pour autant que l'autoréglementation constitue, dans tous les cas une alternative à la réglementation gouvernementale. Au contraire, les meilleurs contrôles sur les comportements au sein d'un marché peuvent consister en une combinaison de réglementation et d'autoréglementation, en fonction des circonstances du secteur concerné, l'essentiel étant de définir la combinaison appropriée des contrôles.

Quelles que soient les prises de position de certains gouvernements, il est bien évident que les normes douces présentent à la fois des avantages et des inconvénients.

Annexe 6 : Secteur bancaire canadien

§ 1 - Une protection minimale : les modèles de code de l'ABC

Pour régir ses comportements, les banques à charte du Canada, un segment important de l'industrie, se sont dotées à la fois de normes et de mécanismes permettant à un consommateur de soumettre un problème qui touche un produit ou un service. Pour connaître le volet relatif à l'élaboration de normes, il faut passer par l'Association des banquiers canadiens [ci-après : l'*ABC*], l'organisation professionnelle sectorielle créée en 1981 et chargée de représenter les banques à charte du Canada.

En représentant environ 50 banques canadiennes et étrangères au pays, l'ABC poursuit les grands objectifs suivants : jouer un rôle de premier plan dans l'élaboration des politiques gouvernementales qui touchent au secteur financier, faire connaître le fonctionnement du système bancaire au public, aux gouvernements, aux acteurs internationaux, aux groupes d'intérêt et aux médias, susciter des dialogues entre ces mêmes groupes et les banques, participer à la création de normes et de conventions sectorielles favorisant une plus grande efficacité et une plus grande stabilité du secteur bancaire canadien.

C'est dans le cadre de ce dernier objectif que l'ABC a élaboré des normes regroupées dans ce qu'elle appelle des modèles de code, des documents types énonçant des principes généraux devant régir le comportement des institutions bancaires. L'emploi de l'expression " modèle de code " est justifié, car les banques doivent, en théorie, se doter de leur propre code de conduite en s'inspirant des principes directeurs de l'ABC.

Les modèles de code élaborés par l'ABC sont les suivants : *La protection des renseignements personnels des clients des banques*, le *Modèle de règlement extrajudiciaire des conflits (REC) du secteur bancaire canadien* et le *Modèle de code de conduite sur les relations des banques avec les petites et les moyennes entreprises.* L'ABC a également entériné le *Code de pratique canadien des services de cartes de débit* préparé en 1992 par le Groupe de travail sur le transfert électronique de fonds et révisé en 1996.

Quant aux mécanismes offerts au consommateur qui connaît des difficultés avec son institution financière, il faut savoir, en tout premier lieu, que les banques et sociétés de fiducie sous juridiction fédérale sont légalement obligées, depuis 1992, d'élaborer et d'implanter une politique de traitement de certains types de plaintes, à savoir celles qui portent sur les frais relatifs au compte de dépôt ou à la carte de crédit, de débit ou de paiement et sur la divulgation ou le mode de calcul des coûts d'emprunt. Or, les grandes banques ont fait plus que ce qu'exigeaient les lois applicables en se dotant d'*ombudsmen*" internes, au cours de l'année 1995. C'est également cette année-là que l'ABC propose de mettre sur pied un *Ombudsman* bancaire canadien, qui va commencer à exercer ses fonctions au mois d'avril 1996.

Puisque peu d'informations sont disponibles sur l'importance accordée par les banques aux divers modèles de code, sur l'ébauche de leurs propres codes et sur l'utilisation qui en serait faite, cette partie de la présente étude se concentrera sur les mécanismes de règlement des plaintes instaurés par les banques et sur l'*Ombudsman* bancaire canadien. Quelques remarques, qui ne prétendent pas relever d'une démarche méthodologique, peuvent tout de même être indicatives de la portée générale de ces codes.

Un survol des sites web des banques canadiennes laisse entrevoir qu'elles offrent une bonne visibilité des normes qu'elles se sont données pour la protection des renseignements personnels des clients. Quant au règlement extrajudiciaire des conflits, recommandé par le code à cet effet de l'ABC, il reçoit un traitement nettement moins privilégié.

De façon générale, quand l'utilisateur découvre où il est question de traitement de plaintes, on lui indique qu'il faut contacter sa succursale pour connaître la procédure à suivre Cette procédure qui ne semble donc pas uniformisée au sein de chaque banque. Par contre, le service de l'*Ombudsman* canadien des banques, qui sera abordé plus en profondeur dans quelques instants, reçoit une bonne " publicité ".

§ 2 – Une protection renforcée : les Ombudsman

2.1 - *Ombudsman* internes

L'image générale qu'on peut se faire du système interne de traitement des plaintes ressemble à ce qui suit : le consommateur avise un préposé du service à la clientèle ; si le problème n'est pas résolu, ce préposé avisera à son tour le directeur de la succursale, qui peut décider de référer l'affaire au contentieux du siège social ; si elle remonte effectivement jusque là, elle peut en dernier lieu être acheminée à l'*Ombudsman* de l'institution financière.

Quels éléments sont propres à ce système ? L'enquête de l'ACEF mentionnée précédemment ne permet pas de tirer des conclusions positives à cet égard. En effet, 57 % des répondants, c'est-à-dire le personnel affecté au service à la clientèle, ne connaîtraient pas l'existence de la procédure établie par leur institution pour le règlement des plaintes. Les deux tiers connaîtraient l'existence d'un dépliant à ce sujet, tandis qu'un répondant sur dix serait capable d'orienter le client vers l'organisme gouvernemental approprié.

Il est important de souligner que ces données varient considérablement d'une région à une autre et d'une institution financière à une autre. En substance, il faut retenir que les préposés qui administrent les plaintes, et conséquemment, les consommateurs, ne connaissent pas les mécanismes mis en place pour les traiter. Autre élément qui importe à l'analyse : les employés des institutions remplissent la fonction d'" Ombudsman interne ". Ce dernier a seulement le pouvoir d'émettre une recommandation et les délais nécessaires au traitement de la plainte ne sont pas négligeables.

2.2 - *Ombudsman* bancaire canadien

L'"Ombudsman" canadien des banques [ci-après : l'*"Ombudsman" inc.*], est une société sans but lucratif dite " indépendante ", qui a débuté ses activités le 1er avril 1996. Elle regroupe actuellement 12 banques membres, qui se partagent les frais d'exploitation au prorata de leurs actifs respectifs. Toutefois, toutes les banques et les institutions de dépôt, dont les sociétés de fiducie et les caisses d'épargne et de crédit faisant affaire au Canada, peuvent en devenir membres, tout comme les institutions financières non bancaires, canadiennes ou étrangères, offrant du crédit garanti par des biens, des services de crédit-bail, des prêts hypothécaires et des cartes de crédit.

2.2.1 - Structure d'organisation

Lors de sa création, l'*Ombudsman* inc. était doté d'un conseil d'administration composé de huit membres : six administrateurs qui sont directeurs des institutions financières membres de l'ABC et trois administrateurs indépendants. En 1998, cependant, la composition du conseil a changé. Il est désormais constitué de onze administrateurs : six administrateurs indépendants et cinq directeurs des institutions financières, membres de l'ABC. La description et l'analyse subséquentes de ce système d'*Ombudsman* ne tiennent compte que la nouvelle physionomie donnée à son conseil d'administration.

Le conseil ainsi formé nomme l'" Ombudsman ", dont le mandat est de recevoir les plaintes des petites entreprises et des individus relatives aux services bancaires et de parvenir à un règlement, fondé sur l'équité et sur les saines pratiques commerciales.

Les administrateurs indépendants sont nommés pour une période de trois ans et peuvent être réélus. Ils forment un comité au sein du conseil d'administration, investi de pouvoirs spéciaux : ils agissent à titre de comité de nomination et de destitution. En effet, le conseil d'administration, dans son ensemble, nommera l'*Ombudsman* suite à la recommandation faite par les administrateurs indépendants. De plus, l'*Ombudsman*, une fois nommé, ne pourra être destitué de son poste qu'avec l'assentiment de tous les administrateurs indépendants. Le président du conseil doit être un administrateur indépendant

Le mandat du conseil d'administration consiste à nommer l'*Ombudsman*, suite à la recommandation du comité formé d'administrateurs indépendants et à définir son mandat ainsi que sa rémunération. Le conseil peut également démettre l'*Ombudsman* de ses fonctions avec l'approbation de tous les administrateurs indépendants. Enfin, le conseil établit un budget, après avoir pris connaissance de la recommandation du comité à ce sujet.

2.2.2 - Caractéristiques du service offert :

Le service d'*Ombudsman* est gratuit, et les consommateurs peuvent communiquer avec l'*Ombudsman* au moyen de la ligne téléphonique sans frais ou par écrit. Il s'agit par ailleurs d'un service de dernier recours, puisque les plaignants doivent d'abord recourir au système de règlement de conflits de leur propre banque, puis à l'*Ombudsman* de leur banque avant de s'adresser à l'*Ombudsman*. Y recourir n'empêche pas le plaignant d'entamer une procédure devant les tribunaux, s'il n'est pas satisfait des résultats obtenus. Par contre, les discussions de l'*Ombudsman* avec le plaignant ou la banque concernée ne peuvent servir dans le cadre de la l'action judiciaire.

2.2.3 - Processus de traitement des plaintes :

Le traitement des plaintes par l'*Ombudsman* comporte un certain nombre d'étapes définies. Il commence par s'assurer que l'" Ombudsman " interne de la banque a terminé l'examen de la plainte et que celle-ci relève de sa juridiction. En effet, l'*Ombudsman* n'a pas juridiction pour traiter les plaintes reliées à la tarification générale des produits et des services, tels que les taux d'intérêts, et aux politiques d'octroi de crédit.

L'*Ombudsman* ne peut non plus traiter les plaintes qui ont déjà fait l'objet d'un examen judiciaire ou qui lui ont déjà été soumises, à moins, dans ce dernier cas seulement, qu'il ne considère que de nouveaux éléments de preuve pertinents rendent un second examen souhaitable. Il doit aussi vérifier que la plainte ne lui parvient pas plus tard que 180 jours après que l'*Ombudsman* interne de l'institution financière concernée ait complété son propre processus, renoncé à le faire ou informé le plaignant par écrit de l'existence de l'***Ombudsman***.

Une fois cette étape complétée, il présente une lettre d'entente que le plaignant doit signer et qui autorise la banque à fournir à l'*Ombudsman* les renseignements financiers confidentiels qu'elle possède sur le plaignant. Une fois les renseignements pertinents obtenus et examinés, il évalue la plainte et communique aux parties sa recommandation ainsi que les raisons qui la sous-tendent. Les raisons doivent être communiquées par écrit.

2.2.4 - Nature et fondement de la recommandation

La recommandation ainsi communiquée est définitive et n'est pas susceptible d'appel. Elle ne lie ni la banque ni le plaignant Par ailleurs, l'*Ombudsman* a le pouvoir d'inciter la banque à suivre sa recommandation, bien qu'aucune banque n'ait jusqu'à maintenant failli à la suivre. L'*Ombudsman* bancaire canadien doit en effet rendre publics le nom de toute banque qui ne donne pas suite à l'une de ses recommandations, le nombre de plaintes qui impliquent chaque banque, les résultats de ses interventions et la durée de ses enquêtes, dans un rapport qui est produit trois fois par année. Ces informations sont communiquées aux médias, aux particuliers, aux associations et organismes gouvernementaux intéressés.

Doivent aussi figurer dans ce rapport le nombre de plaintes reçues, le nombre de plaintes étudiées, le nombre de plaintes résolues à la satisfaction du client, le nombre de plaintes sous étude par l'*Ombudsman* ainsi que le nombre de plaintes résolues durant une période de vingt jours d'affaires ou moins et celles résolues durant une période de vingt jours d'affaires et plus. Il doit être mentionné que les *ombudsmen* internes des banques sont soumis à la même obligation, c'est-à-dire celle de produire, tous les quatre mois, un rapport qui contient les éléments décrits plus haut et qui est rendu public.

La recommandation de l'*Ombudsman* se base sur l'équité, les principes de saines pratiques commerciales et sur les codes de pratiques et de conduites applicables au sujet de la plainte. L'*Ombudsman* peut aussi essayer d'amener les parties à conclure une entente à tout moment durant le processus de traitement de la plainte. La recommandation est formulée lorsque les parties n'ont pas conclu une telle entente.

2.2.5 - Rapport annuel :

Au moins 28 jours avant l'assemblée annuelle du conseil d'administration, l'*Ombudsman* doit produire un rapport faisant état, pour l'année financière précédente, des activités réalisées et de toutes informations jugées pertinentes par le conseil d'administration.

2.2.6 - Relations de l'*Ombudsman* avec le conseil d'administration :

L'*Ombudsman* n'a pas et ne doit pas solliciter le conseil d'administration, lorsqu'il est appelé à prononcer une recommandation. Ce dernier ne doit exercer aucune pression susceptible d'influer sur la nature de la recommandation qui sera formulée par l'*Ombudsman*.

Pour compléter la description du fonctionnement du service fourni par l'*Ombudsman*, il est utile de parcourir le contenu du dernier rapport trimestriel disponible sur son site web. Il couvre la période de neuf mois se terminant le 31 juillet 1999. Les données statistiques qui vont suivre concernent les plaintes formulées par des particuliers.

Sur les 709 plaintes et demandes de renseignements reçues, 114 plaintes ont mené à des enquêtes. Quant à la nature des plaintes, les plus fréquentes sont celles qui concernent les comptes et transactions (33 %) ; en deuxième et troisième position, respectivement, figurent celles portant sur le crédit et les recouvrements, d'une part, avec 18 % et, d'autre part, celles portant sur le service et les conseils prodigués, avec 16 %.

Sur ces 114 plaintes menant à des enquêtes, 111 de ces mêmes enquêtes ont été menées à terme : dans 80 % d'entre elles, l'*Ombudsman* a jugé que la banque avait agi correctement ; dans seulement 20 % d'entre elles, l'*Ombudsman* a recommandé à la banque concernée de prendre les mesures nécessaires en faveur du client, orientations qui ont toutes été suivies par les banques.

§ 3 - Critique du système d'autoréglementation :

3.1- *Ombudsmen* interne des banques

Comme l'a laissé entrevoir la description de ce mécanisme interne de redressement, les *Ombudsman* internes ne peuvent agir efficacement pour régler les conflits opposant consommateurs et institutions financières, essentiellement parce qu'ils ne sont pas perçus comme des acteurs impartiaux. On se rappellera en effet que ce sont les employés des banques qui assument la charge d'*Ombudsman*.

De surcroît, ces *ombudsmen* internes n'ont qu'un pouvoir de recommandation.

Conjugué à leur impartialité suspecte et à la présence de délais non négligeables pour que la plainte soit traitée, ce dernier constat dissuade bon nombre de consommateurs de formuler une plainte, lorsqu'ils sont par ailleurs au courant de l'existence d'un tel mécanisme de redressement. Quant au degré de connaissance des mécanismes internes de règlement de plaintes par les consommateurs, il faut rappeler le sondage CROP, cité plus haut, réalisé pour le compte de l'ACEF en 1994. Il révélait un bien triste bilan à cet égard.

3.2 - Ombudsman bancaire canadien

Les critiques formulées par les organismes qui se sont penchés sur son fonctionnement doivent être séparées en deux catégories : celles qui ont été faites avant le changement dans la composition du conseil d'administration et celles qui l'ont suivi. Ces deux ensembles de critiques méritent d'être mentionnées, car l'amélioration du système a pour cause l'attention portée aux premières.

La première vague de critiques a condamné avec vigueur le manque d'indépendance de la structure. Il faut se rappeler que le conseil d'administration, chargé de nommer l'“ Ombudsman ”, était au départ constitué de huit administrateurs, tous nommés par les institutions financières membres de la société, dont seulement trois ne devaient pas être des banquiers. C'est ce même conseil qui fixait la rémunération de l'*Ombudsman* et qui pouvait le destituer.

La vigueur des critiques quant à la crédibilité de l'*Ombudsman* a été telle que la société décidait de changer la composition de son conseil, un changement qui semble satisfaire ceux qui avaient formulé ces mêmes critiques. Il était alors composé de onze administrateurs, dont six sont “ indépendants ”, c'est-à-dire être choisis en fonction de leur habilité à pouvoir représenter les intérêts des consommateurs. Toujours pour essayer de conférer plus de crédibilité à l'*Ombudsman*, ces administrateurs indépendants ont reçu un statut spécial au sein du conseil.

Ce sont eux qui doivent formuler une recommandation pour la nomination de l'*Ombudsman* et pour l'adoption du budget. De plus, l'*Ombudsman* ne peut être démis de ses fonctions sans l'approbation unanime de ces administrateurs indépendants. Quant aux autres critiques dont la " première version " du système de l'*Ombudsman* a été l'objet, elles concernent également la nouvelle structure établie en 1998.

Il n'y a donc plus lieu de distinguer entre ce que fut le service d'*Ombudsman* avant 1998 et ce qu'il est actuellement.

L'ACEF et le Groupe de travail sur l'avenir du secteur des services financiers reprochent au système mis en place sa lenteur, qui s'explique par l'obligation pour le plaignant d'épuiser les recours disponibles fournis par son institution financière. Cette obligation de franchir une série de paliers successifs rend aussi le processus lourd et compliqué.

Ces deux aspects à eux seuls peuvent facilement décourager les consommateurs, qui seront tenter d'abandonner leur recours ou de ne pas porter plainte. L'ACEF, maintenant Option Consommateurs, formulait récemment une observation très intéressante dans un document destiné au ministre des Finances[267] L'organisation fait remarquer que le mauvais fonctionnement du système de traitement interne des plaintes, incluant les *Ombudsmen* internes, a pour effet de miner la crédibilité de l'*Ombudsman* bancaire canadien, que les consommateurs associent au processus qu'ils ont traversé.

Or, il a été mentionné plus haut que ces *Ombudsmen* internes n'étaient pas impartiaux. Cela est d'autant plus vrai que certains "Ombudsman" font preuve d'une désinvolture déconcertante en renvoyant les plaintes des consommateurs au contentieux de leur institution. Le rapport émis par l'*Ombudsman* de la Banque Royale pour l'année 1999 révèle que dans plusieurs cas où l'*Ombudsman* a concédé que le client avait au moins partiellement raison, il a recommandé de mieux informer les clients de la politique bancaire en cause ou, au choix, de réduire les droits des consommateurs au lieu de modifier la politique.

[267] Option Consommateurs, *La perspective des consommateurs à l'égard d'un nouveau cadre pour le secteur des services financiers canadiens* (Observations présentées au ministre des Finances du Canada), Québec, 2000.

C’est dire que le système de traitement des plaintes n’est pas utilisé pour améliorer la qualité des services offerts, mais pour conforter la position de force de l’institution financière. L’ACEF affirme donc que toute réforme du service de l’*Ombudsman* qui se veut efficace devra aussi prévoir des changements au niveau des systèmes de traitement des plaintes internes.

Une autre critique formulée à l’encontre du service de l’*Ombudsman* bancaire canadien est le faible degré de connaissance qu’en ont les consommateurs. On lui reproche aussi de n’émettre que des recommandations qui ne lient pas les parties. Enfin, il faut citer un facteur extérieur au système. Le Groupe de travail sur l’avenir du secteur des services financiers souligne que l’efficacité et la transparence du système sont amoindries significativement par la confusion créée par la diversité des produits et services offerts et par le grand nombre de compétences concurrentes existant au Canada.

Au regard de la grille d’analyse, il est possible de dégager les éléments qui suivent. Le manque d’indépendance reproché au système de l’*Ombudsman* à ses débuts renvoie au critère exigeant “ une forte présence et collaboration d’acteurs extérieurs à l’industrie ”. Il s’agit d’une condition primordiale à l’efficacité du système d’autoréglementation. Les changements apportés en 1998 à la structure de l’*Ombudsman* bancaire canadien ont apaisé les critiques à cet égard. Les problèmes qui continuent de miner l’efficacité du système ont trait à son manque de visibilité, son fonctionnement lourd et complexe ainsi qu’à l’absence du pouvoir de contraindre l’institution financière à indemniser le plaignant, autrement que par la menace de réprobation du milieu et du public.

3.3 - Le Cadre de la réforme, proposé par le ministre des Finances en juin 1999.

Une brève description de la réforme du secteur des services financiers qu’envisage le ministre des Finances, permet de faire ressortir les lacunes qui entachent actuellement le système de redressement du secteur bancaire. Le ministre entend créer deux institutions pour améliorer la protection des consommateurs : l’Agence des consommateurs de produits et services financiers [ci-après *ACF*] et l’“ Ombudsman” des services financiers canadiens [ci-après *OSFC*].

L'ACF devra assumer les fonctions suivantes : appliquer les dispositions des lois fédérales sur les institutions financières axées sur les consommateurs, surveiller les initiatives d'autoréglementation mises en place par l'industrie, instaurer un guichet unique voué à l'information des consommateurs, sensibiliser les consommateurs et faire leur éducation financière, consulter consommateurs et institutions financières sur l'efficacité du nouveau cadre d'action.

Quant à la création de l'OSFC, il est instructif de voir quelles sont les différences qui le démarqueraient du système actuel. L'OSFC serait donc une société à but non lucratif financée par ses membres, à savoir toutes les institutions financières qui désirent y adhérer. Par contre, les banques à charte seront contraintes de devenir membres. Le conseil d'administration sera composé de 12 administrateurs, dont 8 seront indépendants.

Les administrateurs seront nommés pour une période de trois ans. La nomination des premiers administrateurs indépendants sera faite par le ministre. Par la suite, ce sont eux, conjointement avec le ministre, qui nommeront leurs successeurs. Il s'agit d'une différence avec le système actuel où tous les administrateurs sont nommés par les membres. Comme c'est le cas présentement, il revient au conseil d'administration de nommer l'*Ombudsman* et de préparer le budget.

Les décisions de l'*Ombudsman* n'auront toujours pas de force exécutoire et il devra se limiter à recommander à l'institution fautive de verser une indemnité. L'*Ombudsman* pourra néanmoins menacer de divulguer le contenu du dossier et le nom de l'institution impliquée. Le gouvernement escompte que les institutions respecteront les recommandations.

Dernièrement, le ministre a précisé que l'OSFC devra produire un rapport annuel, indiquant le nombre de plaintes reçues, le résultat du processus de plainte et le temps nécessaire pour les traiter. Il semble donc qu'il n'y ait rien de nouveau du côté du pouvoir de contrainte de l'Ombudsman.

Annexe 7 : Les commissions néerlandaises de litiges du secteur financier

En 1982, le *Vereniging voor de effectenhandel* (association commerciale pour les effets de commerce) a institué la commission de plainte pour les effets de commerce. La commission du marché des options fut créée au même moment par la *European Option Exchange, l'AEX* (association européenne des marchés d'options). Enfin, il existait la commission financière du marché à terme d'Amsterdam (FTA). Les trois commissions étaient composées des mêmes personnes.

Ces commissions traitaient une cinquantaine de plaintes par an, à l'exception de la FTA qui n'en traitait que cinq.

La fusion de ces trois commissions dans la commission des plaintes boursières n'a pas changé fondamentalement leur composition.

Chaque personne, s'estimant victime d'une faute d'une " institution admise ", peut porter plainte devant la CPB. Une " institution admise " est , aux termes de l'article deux du règlement de l'AEX, une institution autorisée à intervenir sur une ou plusieurs des bourses de l'AEX.

Tant les personnes physiques que les personnes morales peuvent introduire une plainte. La CPB se distingue des autres commissions de litige en ce qu'elle ne traite pas les litiges mineurs, ceux dont l'enjeu est inférieur à cent florins.

§ 1 - La commission de litige bancaire (CLB)

La CLB est née de la fusion, en septembre 1995, de la *Geschillencommissie Bankzaken* (commission de litige des affaires bancaires) et de la *Geschillencommissie Bankbedrijf* (commission de litige des compagnies bancaires). L'ancienne *Geschillencommissie Bankbedrijven* fut instaurée en septembre 1985 sur l'initiative du collège de réflexion pour les banques communes, le précurseur du *Nederlandse Vereniging van Banken,* le NVB (Association néerlandaise des banques).

La commission n'était pas placée sous l'autorité de la Fondation des commissions de litige des affaires de la consommation. Sa juridiction s'étendait à toutes les banques à l'exception de la *Postbank* (banque de la poste). En 1995, dernière année de son existence, elle a traité 211 plaintes.

La commission de litige des affaires de banque traitait les plaintes dirigées contre la banque de la poste. Cette commission placée sous l'autorité de la Fondation des commissions de litige des affaires de la consommation fut instituée en juillet 1987 ; elle recevait moins de 100 plaintes par an.

En 1991, un avis préconisa la fusion des deux commissions, laquelle devint effective en 1995. La nouvelle commission est placée sous l'autorité de la Fondation des commissions de litige des affaires de la consommation. C'est une des commissions qui traite le plus grand nombre de plaintes.

La CLB traite les plaintes des consommateurs contre les membres du NVB. Elle est compétente pour examiner les plaintes concernant les fautes extra professionnelles. La commission peut traiter les plaintes émanant de consommateurs lorsque ces derniers ont agi partiellement à titre professionnel, ce que les autres commissions ne peuvent pas faire. Ceci est important pour les petits entrepreneurs qui utilisent un compte bancaire pour leurs besoins privés et professionnels.

Naguère, des plaintes pouvaient être soumises à la fois à la commission des affaires de banque, à la commission des litiges boursiers ou à la commission d'enregistrement du crédit. Désormais, de tels chevauchements de compétence ne surviendront plus car la CLB ne pourra traiter que les plaintes ne pouvant être soumises à d'autres commissions du secteur financier.

§ 2 - La commission du code de conduite des financements hypothécaires (CFH)

La *Geschillencommissie Gedragscode Hypothecaire Financieringen* (commission du code de conduite des financements hypothécaires) est placée sous l'autorité de la Fondation des commissions de litige des affaires de la consommation. Son prédécesseur était la *Commissie van Toezicht Gedragscode Hypothecaire Financieringen* (commission des autorités des financements hypothécaires). Après la fusion de la commission de litige des affaires bancaires et de la commission de litige des compagnies de banque, il a fallu instituer une instance de traitement des plaintes en matière d'emprunts hypothécaires.

La commission des autorités des financements hypothécaires a fonctionné jusqu'en 1997. Elle occupait les locaux de la Fondation des commissions de litige des affaires de la consommation, mais ne relevait pas de son autorité.

La commission CFH traite les litiges opposant des personnes physiques n'agissant pas dans le cadre de leur activité professionnelle et le financier hypothécaire qui leur prête de l'argent. Le financier hypothécaire doit adhérer au contrat d'autorèglementation des établissements de financement hypothécaire. Ce contrat prévoit l'existence d'un autre organisme que la commission CFH, il s'agit de l'organisme de contact des financiers hypothécaires.

Le règlement comporte un aspect remarquable : d'autres personnes que les consommateurs peuvent porter plainte, il s'agit des organismes de protection des consommateurs et du financier hypothécaire.

Le consommateur ne peut que demander un avis contraignant. Les autres plaignants peuvent solliciter un avis non contraignant. Cela signifie que la commission a un devoir disciplinaire à l'égard des membres du secteur.

La commission CFH peut également se prononcer d'office.

Elle reçoit un nombre peu élevé de plaintes.

§ 3 - La commission du Bureau d'Enregistrement du Crédit (BEC)

Le *Bureau Krediet Registrate* (Bureau d'Enregistrement du Crédit, BEC) enregistre depuis 1965 toutes les obligations en matière de crédit et les incidents de remboursement des personnes physiques à l'occasion des crédits contractés par des particuliers auprès de ses membres.

Les membres du BEC doivent être reconnus, il s'agit de banques et d'entreprises de vente par correspondance. Le but du BEC est d'offrir un service social acceptable dans le domaine des finances.

Avec l'entrée en vigueur de la loi sur le crédit à la consommation, l'enregistrement central du crédit a reçu une base légale.

En 1991, le BEC institua une commission pour résoudre les litiges privés. Selon le règlement de la commission, un litige privé est celui qui oppose une personne physique enregistrée auprès du BEC et le BEC ou un de ses membres, en ce qui concerne la violation du code de bonne conduite des litiges privés ou des règlements fondés sur ce code.

Le consommateur peut porter plainte contre le BEC et /ou un de ses membres. Le code de bonne conduite des litiges privés règle notamment la question de la circulation des données personnelles entre les membres, l'inspection et l'accès des personnes enregistrées aux données personnelles les concernant, ainsi que l'accès des collaborateurs du BEC à ces données.

La position de la Commission du BEC est formelle : le contrôle se limite au calcul des arrérages. Elle n'examine pas les arrérages calculés d'une manière normale. Mais si le calcul des arrérages est clairement abusif, la commission peut instruire la plainte et prononcer des sanctions.

ANNEXE 8 : PUBLICITE

Exemples détaillés nationaux détaillés

§ 1 - ETATS-UNIS

La régulation du secteur de la publicité aux Etats-Unis est assurée par les efforts conjoints de la Federal Trade Commission et par l'autoréglementation au sein de deux organismes créés en 1971 par la profession : le National Advertising Division (NAD) et le National Advertising Review Board (NARB).

La création de ces deux organismes était motivée par le souci de réduire l'influence de la puissance publique dans le domaine de la publicité et par celui d'améliorer la confiance du public dans la véracité du message publicitaire.

Les deux organismes se trouvent sous la houlette du Better Business Bureau (voir notre développement consacré à cet organisme). Le NAD joue le rôle de l'enquêteur et le NARB celui du juge.

Le NAD est composé d'avocats qui évaluent les réclamations qui leur sont soumises, mais qui peuvent également engager des “ poursuites ” sur la base de leurs propres investigations. Après avoir examiné les pièces et arguments des publicitaires, ils émettent une recommandation sur la réclamation.

Ils se prononcent sur la conformité de la publicité avec les normes de la profession, ou sur le fait de savoir si elle est mensongère et inexacte, et recommandent la modification ou la cessation de la publicité, ou le rejet de la réclamation. La vaste majorité de ces recommandations sont suivis par les publicitaires.

Dans l'hypothèse contraire, les recommandations qui ne sont pas suivies d'effet ou contestées sont soumises au NARB. Cet organisme est composé de 85 membres issus de la profession et du milieu universitaire. Chaque dossier est soumis à 5 de ses membres.

Cette formation rend alors un avis, après avoir tenu une audience. L'avis est transmis au publicitaire qui peut soit l'accepter, soit le rejeter.

Ces avis font l’objet d’une diffusion auprès de la presse et des professionnels.

On peut donner quelques exemples d’avis tirés des communiqués de presse du Better Business Bureau[268].

Sur plainte d’un concurrent, Revlon a accepté de revoir ses publicités pour des laques pour cheveux, dans le sens des recommandations du NAD[269]

Sur plainte d'un concurrent, le NAD a examiné la publicité concernant des filtres à eau.

---

[268] *(Better Business Bureau, National Advertising Division, "Revlon and Clairol : Another Success for the Self-Regulation of Advertising").*

[269] *(Better Business Bureau, National Advertising Division, "Advertising and Product Packaging for Pur Water Filtration Products Screened by NAD : voluntary Self-Regulation Works", communiqué de presse, 30/5/97.)*

La question a été réglée en 60 jours ouvrables. Le NAD a obtenu des modifications dans la présentation des performances du produit.

Dans l'hypothèse d'un refus de l'avis du NARB, ce qui est rarissime, le dossier est transmis à la FTC (Federal Trade Commission).

Le système NAD/NARB constitue un filtre efficace qui permet à l'administration de ne traiter qu'un nombre réduit de dossiers, la très grande majorité des dossiers étant réglée par l'autodiscipline.

L'autorité, la compétence des membres du NAD/NARB est telle que ses décisions sont rarement contestées.

Le système n'est plus limité aux membres du BBB et peut être appliqué à tous les publicitaires.

La plupart des réclamations soumises au NAD/NARB proviennent des professionnels eux-mêmes, et une grande partie des autres dossiers sont initiés par le NAD lui-même.

Interrogé par l'équipe de Lex Fori , M. Lewis Rose, ancien fonctionnaire de la FTC et spécialiste du droit de la publicité a exposé que le NAD/NARB, par son autorité et la qualité de ses décisions, est devenu une sorte d'auxiliaire de la FTC. Ses membres se considèrent comme un "mini-régulateur" et ont progressivement adopté une "philosophie de protection du consommateur".

Ses décisions se sont éloignées d'un style de rédaction arbitral pour acquérir un style de véritables décisions de justice motivées. Il n'existe plus de secteurs du droit de la publicité qui ne soient trop sensibles ou trop importants pour ne pas être abordés par le NAD/NARB. Par exemple dans le secteur du téléphone, les grands opérateurs historiques ne saisissaient pas le NAD/NARB. Aujourd'hui avec le développement de la concurrence, l'ensemble des opérateurs soumet leurs litiges en matière de publicité à l'arbitrage du NAD/NARB.

Les publicitaires et annonceurs restent libres d'agir en justice, mais, en majorité apprécient le formalisme réduit, la rapidité, le faible coût, et la qualité des décisions rendues par le NAD/NARB et préfèrent se soumettre à sa juridiction.

Grâce au bon fonctionnement du système de règlement des litiges, l'autodiscipline se développe dans des conditions satisfaisantes, chaque entreprise ayant intérêt au respect du code de conduite. Elle sait que le non-respect aurait de fortes chances d'entraîner une plainte de ses concurrents.

La surveillance mutuelle est un garant sûr de l'efficacité du mécanisme. Le consommateur bénéficie d'une protection accrue, sans être obligé de déposer lui-même une réclamation.

Les réclamations des consommateurs ne représentent d'ailleurs qu'une faible part du total des réclamations.

Le bilan de l'autoréglementation en matière de publicité est jugé très positif par le directeur de la FTC. Il considère qu'il s'agit d'un modèle efficace. Plus de 3500 dossiers ont été traités depuis l'origine et dans la majorité des cas la publicité incriminée a été supprimée ou modifiée volontairement.

Selon le BBB, le système NAD/NARB est “ *l'un des meilleurs exemples d'autoréglementation du monde ”.*

Sans aller jusque-là, on peut dire qu'il s'agit d'une incontestable réussite.

C'est un système qui complète efficacement la réglementation étatique et l'application de celle-ci. Il lui donne une substance, une densité, une valeur ajoutée qu'elle n'aurait sans doute pas sans l'autoréglementation.

§ 2 - GRANDE BRETAGNE

En Europe, le système le plus développé est celui de la Grande-Bretagne qui dispose d’une commission indépendante, composée d'une majorité de membres extérieurs à de la profession, d’un financement sûr grâce à une contribution de la publicité, de la publication régulière de comptes-rendus des décisions, et du contrôle périodique des médias.

L'autoréglementation de la publicité en Grande-Bretagne bénéficie d'un appui solide du gouvernement. Dans son livre blanc sur la stratégie du consommateur, publié en juillet 1999, le gouvernement a souligné le bilan positif de l'autoréglementation dans le domaine de la publicité et la “ Commission d'Enquête sur une Meilleure Réglementation ” doit utiliser l'autodiscipline dans la publicité comme un modèle.270

Deux organismes principaux gèrent le système d’autodiscipline :

- le Commitee of Advertising Practice, composé de professionnels du secteur et des médias, élabore et révise les codes de la profession en matière de publicité et de promotion des ventes. C’est l’organe politique du système ;

- l’Advertising Standards Authority (ASA) est un organisme indépendant présidé par une personnalité sans lien avec le secteur de la publicité et des médias. Sa compétence n’inclut pas la télévision et la radio, qui ont leur propre organisme.

L’ASA traite les réclamations des consommateurs et des concurrents à l’encontre des publicités. Elle rend des décisions éventuellement assorties de sanctions, mais n’impose pas de pénalités financières.

Elle assure un service actif de vérification préalable des publicités soumises volontairement par les annonceurs ou publicitaires.

Elle assure également une surveillance des publicités. Elle effectue des vérifications de sa propre initiative et peut agir en dehors de toute plainte. Elle dispose d’un personnel important (plus de 60 personnes) et consacre un budget conséquent à l’information du public et des professionnels, à la publicité de ses actions. (conférences, brochures, publications diverses, etc.).

[270] *(Andrew Brown, "Self-Regulation", rapport au ASBOF, 1/2/2000.)*

§ 3 - FRANCE

Le Bureau de Vérification de la Publicité est la structure qui assure, en France, l'autodiscipline dans le secteur de la publicité. Il s'agit d'un organisme interprofessionnel créé en 1935 dont le conseil d'administration regroupe des représentants des publicitaires, des annonceurs, des médias, des experts indépendants et un représentant des consommateurs. Le président du BVP est une " haute personnalité indépendante " ; son autonomie à l'égard des professionnels est donc affirmée.

Selon ses statuts, le but du BVP est de " mener dans l'intérêt et le respect du public, une action en faveur d'une publicité loyale, véridique et saine ". L'action auto disciplinaire du BVP s'appuie sur des codes de déontologie généraux et sectoriels contenus dans le recueil des recommandations du BVP. Ces codes sont élaborés par des commissions techniques instituées par le BVP qui regroupe les professionnels et les représentants des consommateurs. En mai 1999, le BVP a publié " Une nouvelle charte pour le BVP : publicité et autodiscipline " qui lui permettra d'adapter son action aux évolutions de la société.

Les codes déontologiques généraux abordent des thèmes sensibles de la société française tels que la place des enfants, la représentation de la femme, la religion ou les questions raciales. D'autres règles générales concernent la façon de faire de la publicité ; ainsi, elles régissent l'identification de l'annonceur, les offres promotionnelles ou le vocabulaire publicitaire. Quant aux codes sectoriels, ils existent dans les domaines " sensibles " ou dans les secteurs dont certains professionnels se sont montrés indélicats avec les consommateurs. Ainsi, des secteurs de l'humanitaire, des agences de voyage ou de la franchise.

Les codes élaborés par le BVP donnent une valeur ajoutée à la loi : en effet, ils vont généralement au-delà des exigences posées par la loi.

Le BVP exerce deux types de contrôle sur les publicités.

Le premier est le contrôle préalable. En général il est facultatif ; c'est un conseil donné aux adhérents du BVP. Toutefois dans le cas de la publicité télévisée, il existe un contrôle préalable obligatoire. Ce contrôle fut mis en place en 1992, à la demande des régies publicitaires, lorsque le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel cessa d'exercer le contrôle a priori des messages télévisés.

Le second contrôle se situe après la diffusion des messages publicitaires. Il a lieu sur plainte des consommateurs, des associations de consommateurs ou bien des professionnels ; le BVP peut aussi se saisir lui-même. Il instruit entre 800 et 1000 plaintes par an qui proviennent principalement des consommateurs et associations de consommateurs. La part plus faible des concurrents s'explique par leur recours aux conseils du BVP, avant de diffuser un message publicitaire.

Le BVP examine le message litigieux. Il peut demander des explications à l'annonceur mis en cause. S'il l'estime nécessaire, le BVP pourra lui demander de modifier son message. En cas de refus, le BVP pourra demander aux supports adhérents de ne plus diffuser, totalement ou partiellement, le message en cause.

Dans le cadre des relations avec les adhérents, les avis rendus par le BVP ont la force contraignante d'un contrat. L'autorité des décisions du BVP se traduit également par leur respect par des professionnels non adhérents. Le BVP indique que les annonceurs non adhérents modifient ou suppriment de plus en plus des publicités, après ses interventions.

Le succès de l'autodiscipline vient de ce que les professionnels sont plus enclins à respecter spontanément des règles qu'ils ont contribué à élaborer, alors que le respect de la loi vient plutôt de la contrainte étatique.

L'efficacité de l'autodiscipline s'apprécie également au regard de la complémentarité étroite entre l'action de l'Etat et celle du BVP. En effet, le directeur général de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes estime que les démarches de la DGCCRF et du BVP sont complémentaires. Par ailleurs, dans ses contrats, une entreprise publique telle que France Télécom inclut le respect des recommandations du BVP.

Mais surtout, et ceci est remarquable, les magistrats français fondent parfois leurs décisions sur les codes déontologiques élaborés par le BVP auxquels ils reconnaissent la valeur d'usage. Cela signifie que les règles définies par le BVP s'insèrent dans la hiérarchie des normes. La Cour de Cassation a , en effet, estimé que les avis du BVP s'imposent contractuellement aux parties. Alors que dans de nombreux secteurs les normes douces ne sont que des opérations de séduction de l'opinion sans aucune valeur juridique, dans le secteur de la publicité, les tribunaux deviennent le " bras armé " du BVP. A l'origine le succès des normes douces vient d'un consensus, d'un accord de tous pour les appliquer. Mais la reconnaissance judiciaire renforce les règles consensuelles du BVP, en leur donnant une force contraignante.

§ 4 - BELGIQUE

La déontologie de la publicité en Belgique est prise en charge par le Jury d'Ethique Publicitaire. Cet organisme a été crée en 1974 par le Conseil de la Publicité. Le Conseil de la publicité est une association qui regroupe les différentes associations professionnelles liées au secteur de la publicité : les annonceurs, les différents médias, les afficheurs et les professionnels du marketing direct. Le JEP regroupe seulement des professionnels, à savoir les représentants des annonceurs, des agences publicitaires et des médias. Les consommateurs ne sont pas représentés.

Le JEP comporte un jury et un secrétariat. Le président du jury est un personnage qui présente toutes les apparences de l'indépendance à l'égard des professionnels de la publicité ; il s'agit, en effet, d'un magistrat honoraire, d'un juriste reconnu ou d'un universitaire.

Le but du JEP est de promouvoir une publicité honnête, loyale et décente. Le JEP travaille sur la base de codes de déontologie qu'il n'a pas élaborés. En ce qui concerne les règles générales, le JEP applique pour la publicité le code de la Chambre de Commerce Internationale. Quant aux textes sectoriels, ils sont élaborés par les associations professionnelles des secteurs en cause. Si plusieurs secteurs sont en cause ou s'il n'existe pas d'association professionnelle dans un secteur, le JEP pourra concevoir des règles approuvées par les associations d'annonceurs , d'agences de publicité et de médias, réunies au sein du Conseil National de la Publicité.

Les consommateurs ne participent pas à l'élaboration des codes de déontologie. Il faut cependant remarquer que, la publicité étant destinée aux consommateurs, les codes de déontologie prendront nécessairement en compte, au moins partiellement, les attentes des consommateurs.

Il existe un exemple exceptionnel de code dont la rédaction fit intervenir, non seulement les professionnels concernés, mais aussi les associations de consommateurs. Il s'agit du code de la publicité écologique élaboré dans le cadre d'une loi de protection des consommateurs et dont le contrôle a été confié au JEP.

Le JEP possède trois attributions.

D'abord, il exerce un contrôle préalable des publicités que les professionnels peuvent lui soumettre afin de recevoir un agrément.

Ensuite, le JEP procède à la surveillance non systématique de la diffusion des publicités. Cette surveillance est plus forte dans les domaines sensibles.

Enfin, le JEP instruit les plaintes individuelles ou collectives qu'il reçoit ; il peut également s'auto saisir. La procédure est accessible à tous en raison de sa gratuité. Le JEP traite environ 150 plaintes par an, émanant très majoritairement des consommateurs. Après avoir analysé le message publicitaire, le JEP pourra, s'il le juge non conforme à la législation ou aux normes douces, adresser un avis au professionnel mis en cause pour qu'il modifie sa publicité. L'influence du JEP est suffisante pour que ses décisions soient respectées par des non-membres.

En effet lorsqu'un non adhérent diffuse un message qui déplaît au JEP, ce dernier collaborera avec les agences et les médias adhérents pour faire respecter son avis. Cette possibilité de faire pression sur les non-membres existe parce que la majorité des professionnels adhère au JEP.

Les règles d'autodiscipline peuvent être reconnues par les tribunaux, Cour de Cassation incluse, qui voient en elles des usages ayant la même force qu'un contrat. Cette reconnaissance judiciaire montre que les règles déontologiques sont admises par la profession : un juge ne reconnaît un usage que si l'opinio necessitatis existe. Par ailleurs cette reconnaissance de la jurisprudence montre que les normes douces et la législation se complètent harmonieusement.

Cette complémentarité est d'autant plus souhaitable qu'il n'existe pas de loi spécifique consacrée à la publicité, mais seulement une loi sur les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur. Les règles déontologiques comblent une carence législative.

§ 5 - PAYS BAS

La Fondation des commissions de litiges (voir chapitre 2, rubrique Atlas) s'efforce de promouvoir une publicité raisonnable. A cette fin, elle a instauré le Code Néerlandais de la Publicité (CNP). Il s'agit d'une norme douce qui contient des prescriptions que devront respecter les différents acteurs du secteur de la publicité.

Le CNP contient des dispositions sur la publicité trompeuse et sur les critères au travers desquels la publicité est jugée tels que le bon goût et la bienséance, l'intérêt général, l'ordre public et les bonnes mœurs, la santé publique, la crédibilité de la publicité ou l'utilisation des sentiments d'angoisse et de superstition.

Les plaintes sont déposées auprès de la commission du Code National de la Publicité. Elle est compétente pour juger " chaque plainte concernant l'expression publique des produits, des services et des idées ". Il existe un collège d'appel. Les consommateurs peuvent déposer des plaintes écrites. La procédure est gratuite, sauf si le consommateur est débouté de sa demande. La durée de la procédure est d'environ deux mois.

Le CNP prévoit les sanctions que la commission peut infliger. D'abord, la commission peut adresser une recommandation écrite à l'annonceur. Ensuite, elle peut publier une recommandation. Elle choisit le média qui la diffusera, il peut être local, régional ou national. Enfin, la commission peut interdire, pour une durée indéterminée, au professionnel fautif de faire de la publicité pour les produits incriminés.

Des règles spécifiques à certains aspects ou certains secteurs de la publicité s'ajoutent à la partie générale du CNP. Ainsi, il existe des règles pour les concours, les emprunts, le tabac et la marihuana, les boissons alcoolisées ou pour la publicité dans les boites aux lettres. Cette liste est régulièrement enrichie par de nouveaux thèmes.

Il existe un code dans le domaine de la publicité personnalisée (*sweepstakes).* La publicité personnalisée est la pratique par laquelle une entreprise envoie spontanément de la publicité au nom d'un consommateur particulier lui faisant croire qu'il a gagné un prix considérable. L'association néerlandaise des entreprises de vente par correspondance a conçu un code de bonne conduite pour limiter cette pratique critiquée.

La publicité pour l'alcool est un autre sujet sensible. En 1988, un projet gouvernemental prévoyait l'interdiction totale de la publicité radiophonique et télévisée pour les boissons alcoolisées. Afin d'éviter l'entrée en vigueur d'une telle interdiction, l'industrie néerlandaise des alcools a élaboré un code de bonne conduite pour favoriser un comportement raisonnable des producteurs d'alcool.

En 1991, les professionnels ont institué la Fondation pour l'autorèglementation du Secteur des Boissons Alcoolisées *(Stichting Zelfregulering Alcoholbranche, STIZA)*. Cette fondation regroupe la totalité des organisations professionnelles du secteur parmi lesquelles figurent les producteurs néerlandais de bière, de vin ou de boissons spiritueuses, les importateurs d'alcools, le secteur hôtelier ou les détaillants. Le rapport annuel de 1998 révèle que plus de cinquante mille entreprises observent le code.

Le code limite la publicité et la promotion des boissons alcoolisées. Ainsi, la publicité ne peut viser les mineurs, l'alcool ne peut être associé à la circulation routière, au travail ou à la pratique d'un sport. De plus, les entreprises concernées s'engagent à adopter des comportements généraux. Par exemple, " l'industrie s'engage à ne pas vendre ou distribuer des boissons alcoolisées, à des personnes qui se trouvent manifestement en état d'ivresse ou dont la vente ou la distribution pourrait troubler l'ordre public et les bonnes mœurs ou la sécurité.

L'industrie s'engage à investir dans l'information du consommateur quant aux avantages et inconvénients de l'usage des boissons alcoolisées ; elle s'engage à ne pas faire de publicité sur des articles étrangers à l'alcool tels que des ouvre-bouteilles, des cendriers ou des cartes à jouer.. "

La STIZA surveille en permanence l’application des règles du code de bonne conduite. La violation du code peut être sanctionnée par l’interdiction de la publicité litigieuse ou par une amende d’un montant maximum de 50.000 florins.

Le code de bonne conduite sur l’alcool est intégré dans le CNP de la fondation pour le code de publicité Au sein de cette fondation, une commission contrôle le respect du code La plupart des infractions concernent la distribution de l’alcool ; elles donnent lieu à des indemnisations symboliques. La commission de la fondation pour le code de publicité a reçu trente trois plaintes à l’occasion desquelles elle a recherché si le code avait été violé. Les plaintes ne proviennent généralement pas des consommateurs mais de la Fondation pour la Prévention de l’alcoolisme. Dix-sept plaintes ont été jugées fondées.

§ 6 - CANADA

Le développement de l'autodiscipline au Canada a été une réaction de peur face à l’éventuelle réglementation étatique. La “ Canadian Advertising Foundation ” est la principale organisation d'autoréglementation. Elle est composée de membres issus du secteur de la publicité, des médias, et des fournisseurs. L'“ Advertising Standards Council ”, dont les membres sont désignés par la Fondation, statue sur les réclamations. Il compte une minorité de non-professionnels.

La Fondation reçoit un nombre important de réclamations (700 en 1995). Environ un quart des réclamations (170 en 1995) sont considérées par la Fondation comme justifiées et visant effectivement des violations du code canadien de la publicité.

C’est la télévision qui suscite le plus de réclamations.

Les deux rubriques les plus importantes sont l'exactitude et la clarté, ainsi que le bon goût et la décence.

Depuis 1922, le gouvernement fédéral a délégué la fonction du contrôle préventif des publicités alimentaires à l'organisme d'autodiscipline.

Une redevance permet de couvrir les frais de ce contrôle.

D'après le professeur Ramsay, il ne semble pas y avoir un effort systématique pour vérifier si le code est appliqué et pour s'assurer de la bonne diffusion des normes. La transparence est réduite et le système pas aussi développé qu'en Grande-Bretagne.

Le gouvernement fédéral reçoit environ 14000 réclamations et demandes d'informations par an.[271]

§ 7 - AUSTRALIE

Outre un mécanisme général en matière de publicité, il existe des mécanismes spécialisés (alcool /santé/ régies alimentaires).

La gestion des réclamations est répartie entre :

- l'Advertising Standards Board, pour les questions de goût et de décence.

- L'Advertising Claims Board, pour les questions de publicité mensongère.

L'accès au premier mécanisme est gratuit, le second est payant, mais généralement pratiqué uniquement par les professionnels.

Toutes les décisions sont publiées. Le taux d'exécution approche des 100 %.

Annexe 9 : Internet

§ 1 - Les codes de bonne conduite

1.1 - L'initiative des précurseurs : la " nétiquette "

A ses débuts l'Internet était un réseau à caractère militaire. Ensuite il a été utilisé par les universitaires. L'Internet servait à échanger des documents, à poser des questions, il permettait la préparation de colloques. Les universitaires élaborèrent des règles de bonne conduite pour que leurs échanges se fassent dans les meilleures conditions.

[271] Iain Ramsay, "Advertising Self-Regulation", 1996, Toronto, Canada.

Ce souci de rendre les échanges harmonieux présida à l'élaboration de la *nétiquette.* Elle se compose de règles diverses. Ainsi, les internautes ne doivent pas écrire en capitales.

Dans un forum, il faut lire la liste des questions et réponses déjà posées afin de ne pas les poser à nouveau. Avant de participer à un débat, il faut s'informer de tout ce qui a été dit auparavant. Il ne faut pas participer à un débat dont on désapprouve les prémices. Il ne faut pas faire des remarques blessantes pouvant donner lieu à des échanges d'insultes. Le dernier engagement de la *nétiquette* consiste à ne pas faire de publicité.

Le *flaming* sanctionne la violation de la *nétiquette*; c'est l'envoi de longs messages hostiles venant de partout qui entraînent la saturation de la boite aux lettres de l'indélicat qui a méconnu la *nétiquette*

Cette *nétiquette* est déjà une première forme de norme douce.

Dans la mesure où l'Internet s'est étendu au grand public, il n'est pas possible de transposer sans modification des règles édictées par des universitaires et pour des universitaires. Cependant il existe de nombreux forums sur l'Internet. Des règles de courtoisie inspirées de la *nétiquette* pourraient s'appliquer à ces forums.

Ces règles protégeraient l'ensemble des consommateurs des indélicatesses de quelques-uns uns d'entre eux.

1.2 - Aujourd'hui : les codes élaborés par les professionnels de l'Internet.

Selon l'article 16 .1 b de la directive du 5 février 1999 sur le commerce électronique, les codes volontaires nationaux et communautaires doivent être conformes au droit communautaire. L'article 16.2 énonce que les associations devront participer à l'élaboration et l'application des codes dans les domaines les concernant.

Les professionnels réunis en associations ont conçu de nombreux codes. Leur contenu est dominé par deux préoccupations : rassurer le consommateur, et protéger la personne humaine.

Les principes essentiels sont bien connus : la publicité effectuée par Internet ne doit pas être trompeuse, le respect de la dignité humaine est assuré par la prohibition des discriminations et par l'interdiction de la pornographie impliquant des enfants. Le respect de la dignité humaine s'étend également au respect de la vie privée.

Certains codes dont celui de l'Internet Service Provider Association, qui regroupe les professionnels anglais, proclame la volonté de respecter le droit national dans toutes ses dispositions.

Le respect de la vie privée est un des principaux défis de l'Internet. Par nature l'Internet met en danger la vie privée. Ainsi, les *cookies* permettent d'identifier un internaute, de mémoriser sa connexion et sa navigation sur un site Web ; tout cela, à son insu. Le développement commercial de l'Internet est de nature à léser la vie privée. Certains professionnels monnayent les informations nominatives relatives aux internautes. Le but est de constituer des fichiers de clientèle. Un autre danger guette l'internaute : des tiers peuvent consulter les correspondances privées échangées sur l'Internet.

De telles pratiques sont incompatibles avec le respect de la vie privée lorsqu'elles se développent à l'insu des internautes. En Europe, la réaction à ces dangers a été législative. Les Etats membres, avant l'essor d'Internet, se sont donnés des législations sur l'informatique et la protection de la vie privée. Ainsi la loi française " informatique et libertés " du 6 janvier 1978 concerne la protection des données personnelles.

Au niveau communautaire, le droit applicable est constitué par la directive du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques, à l'égard du traitement des données à caractère personnel et la directive du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données personnelles et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications.

Selon les commissaires européens à la protection des données les règles communautaires relatives à la protection des données, personnelles s'appliquent à l'Internet. Selon la directive de 1995 l'internaute doit être informé de la collecte de données nominatives le concernant, il peut s'opposer à leur utilisation commerciale et les informations collectées dans un but déterminé ne doivent pas être utilisées à des fins contraires à ce but.

L’importance de l’environnement réglementaire en matière de protection de la vie privée ne semble pas constituer un obstacle aux normes douces. Ainsi le rapport du Conseil d’Etat français “ Internet et les réseaux numériques ” énonce que : “ face à l’extrême dispersion et variété des pratiques des acteurs, il est nécessaire d’associer ceux-ci à la protection des données personnelles, de façon positive et volontaire, sous peine de voir l’arsenal réglementaire dépassé par la réalité ”.

Des initiatives ont déjà été menées dans ce sens. Ainsi, en France, le code de déontologie de l’Association des Fournisseurs d’Accès à des services en ligne et à Internet (AFA) contient l’engagement de respecter la correspondance privée et de ne pas communiquer les informations nominatives en dehors des cas autorisés par la loi. Une telle disposition complète la loi française “ Informatique et Libertés ” de 1978 qui est très protectrice de la vie privée.

Un code de bonne conduite peut être conçu par une seule entreprise. Ainsi, comme il a été rappelé précédemment, en septembre 1999, Vivendi a publié la Charte Internet Confiance. Vivendi s’engage à respecter les droits de la personne et ceux du consommateur. Vivendi a prévu de nommer un médiateur qui répondra aux interrogations des usagers sur le traitement des données personnelles. Vivendi affirme qu’un dialogue avec les particuliers, associations, entreprises et institutions permettra de faire évoluer la charte. S’agit-il d’une simple démarche publicitaire ou d’une véritable norme douce ? Le consommateur appréciera à l’usage.

Beaucoup de codes prévoient la mise en place de lignes d’alerte, donnant aux usagers la possibilité de dénoncer les sites au contenu illicite ou préjudiciable.

En Europe, il n’existe pas encore des mécanismes d’autocontrôle permettant au consommateur de faire sanctionner les contenus illégaux et préjudiciables.

Il y a une profusion de codes, ce qui conduit à s’interroger sur leur réelle efficacité. De nombreux textes sont sans grande portée juridique. Ainsi, en France, la Charte pour l’Internet est l’exemple d’un texte ambitieux mais peu influent. Cette charte a été conçue, à l’initiative du ministre des technologies, François Fillon, par Antoine Beaussant président du Groupement des Editeurs de Services en Ligne (GESTE) en collaboration avec les professionnels.

La Charte de l'Internet est ambitieuse car elle rappelle les libertés fondamentales et les droits privés en insistant sur les droits de propriété intellectuelle et les droits des consommateurs.

Mais il ne s'agit là que de la reprise de normes contenues dans les déclarations de droits ou dans des lois nationales : il n'y a pas création de normes douces qui s'ajouteraient aux normes dures. La charte instaure un Conseil de l'Internet qui a vocation à regrouper tous les professionnels de l'Internet, en relation avec le marché français.

Ce Conseil s'inspire du Bureau de Vérification de la Publicité (BVP). Il peut émettre des avis et recommandations. Pour ses rédacteurs, la charte ainsi que les avis et recommandations du Conseil de l'Internet ont vocation à acquérir une valeur de référence pour l'autorité judiciaire. Le rapport du Conseil d'Etat " Internet et les réseaux numériques " est dubitatif : une démarche analogue à celle du BVP n'est pas transposable au secteur de l'Internet dont la maturité est très inférieure à celle du secteur publicitaire.

Aux Pays-Bas, une expérience originale a un impact au-delà des frontières de ce pays.

La plate-forme néerlandaise pour le commerce électronique, *Electronic Commerce Platform Netherlands (ECP.NL)* a examiné en 1998 les problèmes juridiques du commerce électronique et le rôle de l'autoréglementation dans la résolution de ces problèmes. L'ECP.NL a finalement rédigé un modèle de code de conduite pour le commerce électronique. Sa rédaction a rassemblé toutes les parties intéressées : les professionnels, les scientifiques, les autorités et les organisations de consommateurs.

Une grande attention fut accordée aux initiatives nationales et internationales. Les initiatives et les modèles proposés par les organisations internationales telles que l'OCDE, l'ONU ou la Commission européenne furent également examinés.

Le caractère exhaustif des travaux de l'ECP.NL a fait de son modèle de code de conduite un texte de référence pour toutes les organisations. Ainsi, la FEDMA (marketing direct) réalise actuellement un projet qui s'en inspire de façon significative.

Les 12 et 13 octobre 1999, une conférence de l'OESO pour le commerce électronique s'est tenue à Paris. Le professeur Robert van Esch, président du comité des juriste de l'ECP.NL, a émis l'idée d'un code de conduite. L'OESO a indiqué qu'elle accorderait plus d'attention à l'autoréglementation dans le commerce électronique. Un inventaire de tous les projets et initiatives en matière de commerce électronique sera réalisé en collaboration avec l'ECP.NL.

1.3 - Les recommandations de l'OCDE

Le comité sur la politique de consommation de l'OCDE (Organisation pour la Coopération et le Développement Economique) voudrait développer des lignes directrices pour la protection des consommateurs. Leur élaboration permettrait de mieux localiser et identifier le marché, de décrire les produits et de connaître les périodes de stress du consommateur, dont la vie privée serait respectée.

Elle garantirait également la sécurité des produits et la mise en place de procédures de plainte. Mais, même si ces lignes directrices peuvent être acceptées et adoptées au niveau international, leur respect et leur application par des prescriptions légales vont se heurter à des obstacles difficilement contournables, comme pour tout accord international.

Les normes douces au-delà des frontières nationales souffrent des mêmes inconvénients que les autres formes de réglementation. L'organisme qui possède la stature, l'autorité et les ressources pour récolter l'agrément d'un code volontaire peut-il le faire respecter seul ?

Un certificat décerné aux entreprises qui respectent les principes de l'OCDE ou d'autres principes du même genre, semble présenter une solution, particulièrement dans les cas où le certificat est décerné par un organisme réputé et extérieur au secteur. Au Royaume-Uni-par exemple, l'Advertising Standards Authority a récemment fait une consultation sur une proposition pour un trustmark. Le système du WebTrust, lancé par la profession au niveau national, a un but similaire. (Voir également la sous-partie suivante sur la labélisation).

Les associations de consommateurs ont développé le système du Web Trader. Celui-ci repose sur un code de bonne pratique, imposant des standards permettant de résoudre les problèmes des connexions à l' Internet des consommateurs. Les commerçants ont promis de suivre les dispositions de ce code. Les associations de consommateurs ont fait des rapports sur le manque de respect de ce code. Une sanction possible est d'exclure le commerçant du système.

Mais tous ces systèmes se sont développés en dehors des principes de l'OCDE, d'ailleurs ces principes n'ont toujours pas été adoptés au niveau international. Il n'existe pas de corps unique de principes ni un organisme unique de certification. La confusion des consommateurs augmente avec le nombre de systèmes différents.

Un modèle plus prometteur est celui de la charte de commerce, qui permettrait aux entreprises d'exposer leurs promesses, de montrer comment elles les respectent et sinon de quelle manière elles peuvent remédier au fait qu'elles ne s'y conforment pas.

Un rapporteur de l'OCDE a fait remarquer que c’est en raison du caractère privé de l’Internet que le gouvernement a tenté de promouvoir son autoréglementation. L'OCDE a proposé au moins quatre principes dans ce sens :

1- Tout ce qui est illégal l'est aussi sur l'Internet ;

2- Imposer des codes volontaires de bonne conduite, comme le fait le Better Business Bureau, et l'indiquer sur les sites Internet ;

3- Encourager les développements technologiques pour la protection de la vie privée et pour la sauvegarde des enfants ;

4. Encourager la transparence de l'information et l'éducation ;

En décembre 1999, le comité "consommateurs" de l'OCDE a publié ses préconisations en matière de Protection du consommateur et de Commerce électrique. L'OCDE s'adresse ici non seulement aux gouvernements, mais également aux entreprises, aux organisations de consommateurs et aux organismes d'autoréglementation. La référence à l'autoréglementation est omniprésente.

Le principe de base du texte de l'OCDE est que le consommateur ne doit pas être moins protégé en matière de commerce électronique que dans les autres formes de commerce. La protection doit être transparente et efficace.

Dans un rapport de mars 2000, le gouvernement néo-zélandais propose un modèle de code volontaire pour la protection du consommateur en matière de commerce électrique. Ce code est très proche du code élaboré par le gouvernement australien[272], lui-même inspiré des préconisations de l'OCDE.

Selon le gouvernement néo-zélandais, "La révolution du commerce électronique exige que les gouvernements, les organisations de consommateurs, et les acteurs professionnels coopèrent plus que jamais auparavant, tant sur le plan national qu'international."

Le code australien a pour objectif de servir de guide aux entreprises sur :

- les pratiques équitables en matière de commerce ;

- la publicité et le marketing ;

- l'identification de l'entreprise ;

- l'information du consommateur sur le contenu des contrats de vente ;

- la mise en place de mécanismes contractuels ;

- la création de procédures équitables et efficaces de traitement des réclamations et de règlements des litiges ;

- l'adoption de principes en matière de protection de la vie privée ;

[272] *Australian Best Practice Model For Electronic Commerce*

- l'information du consommateur sur les procédures de paiement, de sécurité et d'authentification ;

- sur les procédures nécessaires pour mettre en place et administrer un code fondé sur le code modèle.

§ 2 - La labélisation des sites

➢nécessité de rassurer le Consommateur

En octobre 1999[273], dans le cadre d'une "International Internet Sweep Day" organisée par l'ISMN (International Marketing and Supervision Network), un grand nombre d'agences gouvernementales de protection du consommateur de différents pays ont participé à une enquête sur les sites commerçants.

Cette enquête a mis en évidence, nonobstant le foisonnement de codes volontaires en matière de commerce électrique censés protéger le consommateur, l'absence criante d'informations de base et de protections essentielles dans un grand nombre de sites marchands.

Sur plus de 700 sites visités :

- plus de la moitié ne donnait pas d'informations sur la sécurité des méthodes de paiement ;

- 62% ne présentaient aucune politique de remboursement ou d'échange ;

- 75% n'avaient aucune politique en matière de respect de la vie privée et de la protection des données ;

- 78% ne fournissaient aucune explication sur la manière de présenter une réclamation ;

- 90% ne donnaient aucune indication sur la loi applicable aux transactions effectuées sur leur site ;

[273] Electronic Commerce and the New Zealand Consumer. A status Report

- 25% ne donnaient pas leur adresse physique.

Ce constat assez négatif de l'état de la protection du consommateur sur Internet fait écho à celui de "Consumers International". Cette organisation[274] souligne qu'il reste beaucoup de travail à faire par les entreprises et les gouvernements afin que l'Internet offre un environnement fiable dans lequel les consommateurs puissent faire leurs achats en toute confiance.

La labélisation est l'identification et la classification des sites effectuées par un groupe de professionnels de l'Internet. La labélisation permet de renseigner l'utilisateur sur les contenus ; il pourra ainsi choisir les sites qui lui conviennent.

Ce n'est donc pas un régime de censure. C'est une pratique qui donne à l'utilisateur les moyens d'effectuer le contrôle lui-même.

La labélisation des sites procède de la "*self-regulation",* au sens littéral du terme*,* laquelle consiste à confier au consommateur la décision de sélection des contenus. Cette sélection est rendue possible par les instruments mis à la disposition du consommateur, tels que la labélisation ou les logiciels de filtrage.

La labélisation a été développée aux USA où le *Recreational Software Advisory Council*, association financée par les principales firmes de l'Internet a élaboré une plate-forme tandis que l'organisation *Safe Surf* se destine, en particulier, à la protection des enfants.

En Europe, dès 1996, la Commission a préconisé une classification des sites aux contenus " illicites et préjudiciables ". Les efforts des institutions communautaires ont abouti au projet INCORE *(Internet Content Rating for Europe)* qui vise à " mettre en place un système décrivant le contenu des sites Internet ".

En France le système l@belsite permettant la labélisation des sites marchands mérite d'être mentionné parce que c'est l'exemple d'une labélisation crédible et élaborée.[275]

[274] Dans une étude intitulée *Consumers @ Shopping*, rendue publique au début de l'année 1999.
[275] *(Présentation sur http://www.labelsite.org)*

L'Institut International du Commerce Electronique et le Conseil National du Commerce Electronique avait manifesté le désir de voir créer un label géré par des acteurs privés. En réponse à ce vœu, la Fédération des entreprises du Commerce et de la Distribution (FCD) et de la Fédération des Entreprises de Vente à Distance (FEVAD) ont mis en place le système l@belsite.

Il s'agit d'un système à but non lucratif. Toutes les entreprises qui vendent en ligne des produits ou services peuvent demander l'attribution du sceau L@belsite. Leur demande est faite sur labelsite.org où elles doivent constituer un cahier des charges. Son examen par un auditeur prend une dizaine de jours. L'auditeur transmet ensuite le dossier au comité d'habilitation. Le comité d'habilitation est composé d'experts indépendants qui appartiennent à des institutions concernées par le commerce électronique telles que la chambre du commerce et d'Industrie de Paris ou le Groupement Carte Bancaire. Le Comité d'habilitation rendra une décision non motivée et non susceptible de recours.

Les cahiers des charges doivent comporter trois catégories de garanties, à la destination du client. D'abord le site doit être celui d'un commerçant qui existe réellement et dont l'identité est assurée. Les données personnelles doivent être protégées. Le site doit respecter la réglementation et la déontologie de la vente à distance en vigueur sur l'Internet.

Les engagements pris par les bénéficiaires du sceau l@belsite reposent sur des textes réglementaires et déontologiques. Il s'agit de la réglementation de la vente à distance du code professionnel et de la charte de qualité de la FEVAD. Il faut souligner l'importance de la réglementation européenne, car les engagements des bénéficiaires du sceau l@belsite doivent respecter la directive européenne 97/7 du 20 mai 1997 sur les contrats négociés à distance, la directive européenne 95/46 du 24 octobre 1995 sur la protection des données à caractère personnel et la directive européenne 99C 30/04 du 5 février 1999 relative au commerce électronique.

Une fois le sceau l@belsite attribué, le comité d'habilitation surveille le respect de leurs engagements par les sites bénéficiaires. La sanction du manquement à ces engagements est le retrait du sceau par le comité d'habilitation. Le retrait est non susceptible de recours et n'a pas à être justifié.

L@belsite est une illustration convaincante de normes douces complétant le cadre législatif communautaire et national. En effet on peut voir dans ce système la mise en conformité des pratiques des sites marchands avec les lois nationales et communautaires.

Il n'est pas possible de juger le fonctionnement dans le temps du système l@belsite, car il est de création trop récente. Seul le mécanisme de l@belsite peut être examiné. Il est globalement satisfaisant. Le label est attribué après examen par un comité d'habilitation qui offre de bonne garanties de sérieux. Ce comité veille au respect de leurs engagements par les bénéficiaires du label. La pratique seule permettra de juger de l'efficacité de ce comité.

Cependant, une réserve doit être faite : l'absence de motivation des décisions du comité d'habilitation et l'impossibilité de les contester jette un doute sur l'impartialité de ce comité. L@belsite bénéficierait d'un surcroît de crédibilité si ses promoteurs satisfaisaient aux exigences de motivation et de double degré adoptées par les juridictions étatiques.

Pour conclure sur ce point, il faut s'interroger sur l'efficacité de la labélisation.

Si l'auteur du contenu se décerne à lui-même un label, il sera permis de douter de son impartialité. La labélisation perdra toute crédibilité si des auteurs de contenu se donnent des labels auxquels ils savent ne pas avoir droit.

Le label peut être attribué par un organisme extérieur appelé " bureau d'étiquette ". Pour que la labélisation soit efficace, cet organisme doit être légitime. Sa composition et son fonctionnement doivent inspirer confiance aux utilisateurs. La participation des pouvoirs publics rassurerait certainement les utilisateurs quant à l'efficacité de la labélisation. Une autre piste est la certification par des sociétés d'audit connues dans le monde entier. Par exemple, CNGT News, "Pricewaterhouse Coopers offers Net quality seal" article 12/12/99 sur site CNETNews.com.

Le programme de label de Pricewaterhouse comporte un label annuel qui certifie la qualité des sites commerciaux, pour la somme modique de $ 15000 USD.

Lauren Weinstein, "Span Self-Regulation is one of the Really Bad Ideas", Commentaire Privacy Forum, Red Rock Eater News Service, 13/1/2000.

Certaines grandes entreprises (Disney, Microsoft, IBM, etc.) ont annoncé leur intention de ne pas faire de publicité sur les sites ne participent à un programme sérieux de labélisation. C'est une piste intéressante[276].

Pour l'instant, il existe beaucoup de projets de labélisation. Parmi les projets déjà aboutis, il faut ajouter à l@belsite l'initiative " Trustmark ". Il s'agit d'un label dont les utilisateurs s'engagent à respecter la vie privée. " Trustmark " a été créé par une organisation indépendante et à but non commercial, Trust.e, dont l'objectif est le développement du commerce électronique. Le prestige de Trust.e vient de ce que l'un de ses fondateurs est l'Electronic Frontier Association, une association de défense des libertés civiles[277].

§ 3 - Les logiciels de filtrage

Ces logiciels empêchent d'accéder aux sites que leurs programmateurs ont prédéterminés. Ces instruments sont utilisés seulement comme des moyens de protéger les mineurs. Il s'agit d'un instrument au service des parents.

Une analyse purement juridique conduirait à exclure les logiciels de filtrage de la catégorie des normes douces, au prétexte qu'ils sont seulement des instruments technologiques. Mais une vision plus large des normes douces infirme une telle analyse. Le logiciel de filtrage relève des normes douces car il est, au même titre que la labélisation, un des aspects de la *self-regulation* Tout comme la labélisation, il guide le consommateur, il le protège des pièges de l'Internet. De nombreux organismes d'autorégulation recommandent l'utilisation des logiciels de filtrage.

[276] Entretien Ron Plesser, Avocat à Washington DC.
[277] TRUSTE système de labelisation de sites compte plus de 1300 entreprises adhérentes Industry Standard, "USA-Trust or Bust", communiqué de presse, 11/3/2000.

Le gouvernement australien a appuyé en décembre 1999 un code de conduite pour les fournisseurs d'accès à Internet. Ce code n'est du goût de tout le monde.

L'une des règles la plus critiquée est l'obligation pour les fournisseurs d'accès de fournir à leurs abonnés un "Filtre approuvé", c'est-à-dire un logiciel pour filtrer l'accès à Internet, notamment pour les enfants.

Ce code est selon l'association des fournisseurs d'accès à Internet australiens (I.I.A) et le gouvernement un bon exemple de co-réglementation[278].

Les premiers logiciels de filtrage ont été commercialisés aux USA en 1995. CyberPatrol et Bess sont parmi les plus connus.

Il existe deux procédés de filtrage. Soit les sites contenant des mots prédéterminés sont éliminés, soit seuls les sites recensés par le logiciel sont autorisés.

Les logiciels de filtrage fonctionnent de façon à éliminer la sexualité, la violence, l'apologie de la drogue et les sujets polémiques d'ordre politique, racial et religieux.

L'efficacité des logiciels est douteuse ; ils fonctionnent parfois selon des critères économiques et ils ne parviennent pas à filtrer tous les sites au contenu illégal et préjudiciable.

De plus les logiciels de filtrage, qui sont présentés comme des outils de *self-régulation,* encouragent la démission des parents. Ces derniers ne peuvent qu'être tentés de s'en remettre à un outil technologique et abandonner un rôle actif d'éducateur.

[278] Electronic Frontier Australia, "Net Censorship-secret and unaccountable, EFA Media Release, 19 Dec 1999, (rene.efa.org.au).

§ 4 - Les perspectives de développement des codes de bonne conduite, de la labélisation et des logiciels de filtrage.

Les codes de bonne conduite, la labélisation et les logiciels de filtrage ne sont pas pleinement efficaces. Ce sont des initiatives d'autorégulation venant des professionnels. Ces derniers ont l'avantage de bien connaître un secteur complexe, nouveau et changeant. Mais il y a un risque de partialité de leur part De plus, la multiplicité des initiatives d'autocontrôle ne peut que troubler les utilisateurs.

La norme étatique est bien plus " visible " pour l'utilisateur et elle a l'avantage de l'impartialité et le souci de l'intérêt général. Cependant le caractère transnational de l'Internet peut faire échec aux réglementations étatiques.

Une réglementation régionale couvrirait une zone bien plus vaste. Aussi, dans une perspective de protection du consommateur, la corégulation au niveau communautaire entre l'Union européenne et les professionnels de l'Internet semble être une meilleure solution que la régulation au niveau national. Le consommateur pourrait visiter tous les sites de la Communauté avec l'assurance de bénéficier des mêmes protections.

L'uniformisation ne pourrait cependant pas être totale en raison des différences culturelles. Chaque Etat membre a ses propres normes et interdits sociaux qui se manifesteront par des choix de labélisation et de programmation des logiciels de filtrage différents. Pourtant ces différences doivent être relativisées car les normes sociales des différents Etats membres sont assez proches.

L'obstacle le plus important aux initiatives d'envergure communautaire serait plutôt le caractère mondial de l'Internet. Des différences normatives entre l'Union européenne et le reste du Monde, et notamment les Etats-Unis, ne peuvent que s'opposer à un fonctionnement harmonieux et satisfaisant de l'Internet.

Par exemple si un contenu est interdit en Europe mais autorisé aux Etats-Unis, un éditeur de contenu basé en Europe ne pourra le diffuser qu'aux Etats-Unis : l'éditeur perdrait des parts de marché et le consommateur européen éprouverait un sentiment d'injustice à être privé de l'accès à un contenu autorisé aux Etats-Unis.

Autre exemple : si un serveur américain diffuse en Europe un contenu illicite dans cette zone géographique, le problème de l'effectivité de la poursuite se pose. La poursuite des délinquants situés à l'étranger est moins aisée que la poursuite des délinquants basés sur le territoire du lieu de l'infraction.

Les Etats sont bien conscients des inconvénients de solutions purement nationales ou régionales. Ainsi la France a présenté dès le 23 octobre 1996 à Séoul un projet de charte de coopération internationale pour l'ensemble des Etats membres de l'OCDE.

Ce projet proposait la définition de " principes communs pour l'application effective du droit national et la définition de la responsabilité des acteurs ". Il préconisait " l'échange d'informations et l'adoption d'un code de bonne conduite des professionnels qui prenne en compte des principes tels que le respect de l'ordre public et de la dignité humaine, la protection de la vie privée, des droits de propriété ou des consommateurs. "

Mais une régulation à l'échelle mondiale est-elle possible ? D'un pays à l'autre les différences culturelles sont considérables. Au nom de la liberté d'expression, les Américains tolèrent les sites négationnistes interdits en Europe. Et que dire du fossé qui sépare l'Occident de l'Asie et du Moyen-Orient ? Même si des normes communes étaient définies, la difficulté des poursuites demeurerait. Il suffit d'un seul ordinateur pour diffuser des contenus répréhensibles vers le monde entier.

Régulation communautaire et régulation mondiale paraissent compatibles. Le premier niveau, celui de l'Union européenne associant les Etats membres et les professionnels de ces Etats aboutirait à un cadre assez homogène. Quant à une régulation mondiale, son but serait plutôt de définir le plus petit dénominateur commun à tous les pays, afin d'aboutir à un cadre universellement accepté.

§ 5 - Une expérience innovante : l'“*e*-resolution ”

5.1 - La présentation de l'e-resolution

Sur Internet, l'autoréglementation sert principalement à rassurer les consommateurs. Elle peut aussi servir à arbitrer les conflits entre les professionnels de l'Internet.

Ainsi, les conflits relatifs aux noms de domaines pourront être tranchés par la voie de l'e-résolution qui est un service d'arbitrage en ligne. Le professeur Karim Benyekhlef est à l'origine de cette initiative canadienne qui remplace le projet de “ cybertribunal ” auquel il a mis fin en décembre 1999, et dont nous avons déjà parlé dans la première partie de l'étude[279].

Le titulaire d'une marque de commerce peut être victime d'un “ cybersquatter ” qui utilise sa marque sans droit. La victime du “ cybersquattage ” pourra introduire une requête par le biais d'Internet. E-résolution organisera le débat contradictoire en ligne, du dépôt de la plainte jusqu'à la décision finale E-résolution assure la transmission des pièces aux parties.

Le litige sera tranché par des arbitres indépendants. Ce sont des juristes spécialisés en droit de la propriété intellectuelle et en technologies de l'information internationalement reconnus.

La pérennité de l'arbitrage en ligne semble assurée en raison de l'inflation des conflits relatifs aux noms de domaines.

5.2 - L'adaptation de l'e-resolution aux litiges entre professionnels et consommateurs.

Pour l'instant, l'*e-resolution* ne résout que les litiges entre professionnels. Cependant, on peut envisager de l'adapter aux litiges opposant les consommateurs aux professionnels.

---

[279] Le CyberTribunal" avait pour vocation d'intervenir en matière de droit d'auteur, de marque de commerce, *de commerce électronique, de concurrence, de liberté d'expression, de vie privée et d'autres domaines à l'exclusion des questions qui relèvent de l'ordre public. Eric A. Caprioli estime que "la cybermédiation a sans doute un intérêt lorsqu'il s'agit de régler des malentendus ou de concilier des intérêts non commerciaux ou de faible valeur (par exemple entre un internaute et l'un de ses prestataires de services ou au sein d'un forum de discussion). En ces domaines, les techniques de navigation et d'échanges d'informations sur les réseaux numériques laissent présager des solutions plus faciles à mettre en œuvre que dans le monde physique, et ce pour des raisons de coûts, d'éloignement et de rapidité des transmissions".*

Le "CyberTribunal" devait permettre d'évaluer les possibilités d'utiliser les mécanismes alternatifs de résolution des litiges, lesquels "ne peuvent être pris adéquatement en charge par les moyens traditionnels du droit des Etats".

En effet, le problème se pose de savoir comment résoudre un litige qui oppose un commerçant présent sur Internet et un consommateur mécontent. La question la plus délicate étant de savoir quel tribunal sera compétent et quelle loi appliquer. Ainsi, la mondialisation des échanges par le biais du commerce électronique implique peut-être la mondialisation de la résolution des litiges.

D'après Eric A. Caprioli, "le CyberTribunal" visait à la “ définition progressive d'un ensemble de règles de conduite afin de faciliter le développement harmonieux des opérations du commerce électronique tout en garantissant le droit des personnes".

Il existe des exemples équivalents aux Etats-Unis : l'Université du Massachusetts a créé, en 1996, l'"Online Ombudsman Office". La même année, à Pittsburgh, a débuté l'expérience du "Virtual Magistrate" (mais elle exclut les transactions commerciales). Et l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) a institué un Centre d'arbitrage et de médiation pour résoudre les litiges concernant l'attribution des noms de domaine, qui donne lieu à une procédure qui s'effectue en partie en ligne.

Les promoteurs du projet canadien considèrent que la délocalisation constitue une donnée inédite et que *"les lois nationales ne sont pas nécessairement applicables dans l'univers des inforoutes".* Mais comme le fait remarquer Eric A. Caprioli, ces deux assertions sont critiquables : le processus de mondialisation du droit n'est pas spécifique au commerce électronique et, si les règles de droit sont difficiles à adapter aux cas d'espèce, cela ne signifie pas qu'elles ne s'appliquent pas.

Eric A. Caprioli estime que "la cybermédiation a sans doute un intérêt lorsqu'il s'agit de régler des malentendus ou de concilier des intérêts non commerciaux ou de faible valeur (par exemple entre un internaute et l'un de ses prestataires de services ou au sein d'un forum de discussion). En ces domaines, les techniques de navigation et d'échanges d'informations sur les réseaux numériques laissent présager des solutions plus faciles à mettre en œuvre que dans le monde physique, et ce pour des raisons de coûts, d'éloignement et de rapidité des transmissions".

Il serait logique que le développement du commerce en ligne s'accompagne d'une résolution en ligne des conflits entre les consommateurs et les commerçants en ligne. Ce souhait pourrait se concrétiser rapidement grâce à l'incitation communautaire. En effet, l'article 17 de la directive sur le commerce électronique préconise le recours au traitement non juridictionnel et à distance des litiges par voie électronique.

Une telle résolution en ligne pourrait donc être mise en place au niveau de l'Union européenne. Les litiges pourraient être résolus sur le fondement de normes douces définies après une concertation entre les instances communautaires et les professionnels qui font du commerce en ligne avec les consommateurs des Etats membres.

Il faudrait alors veiller au respect du contradictoire et assurer la possibilité d'un appel devant la juridiction de l'état du consommateur, lorsque le litige est important. Dans un souci de cohésion chaque juridiction étatique pourrait appliquer les mêmes principes, défini au niveau européen par l'Union Européenne et les professionnels.

Annexe 10 : Constructions résidentielles

§ 1 -.Description

1.1 - Plans de garantie volontaires

Au Québec, 10 000 entrepreneurs, oeuvrant dans la construction et la rénovation résidentielle, sont représentés par l'Association des constructeurs en habitation du Québec [ci-après : l'APCHQ]. Cette association regroupe 14 associations régionales et est affiliée à trois associations, nommément, la Fédération provinciale du bâtiment et de l'habitation du Québec (FPBHQ), la Société québécoise des manufacturiers d'habitations (SQMH) et l'Association des eaux souterraines du Québec (AESQ).

Les entrepreneurs membres de l'APCHQ effectuent environ 80% des travaux de construction et de rénovation résidentielles de la province. L'APCHQ se donne comme mission de représenter les intérêts de ses membres auprès des instances du gouvernement, d'accroître le professionnalisme de ses membres, d'effectuer diverses recherches et de s'assurer de la diffusion de l'information qui touche ses membres comme les consommateurs.

Dans le cadre du deuxième but que s'est fixé l'APCHQ, elle a mis sur pied, en 1976, le premier plan de garantie de maisons neuves, au Québec, *La Garantie des maisons neuves de l'APCHQ*, administré par une personne morale créée par l'APCHQ. Son conseil d'administration est composé du président de l'APCHQ, du vice-président, de 5 ou 6 entrepreneurs généraux, d'un entrepreneur spécialisé, de deux représentants d'institutions financières et d'un représentant des consommateurs.

En 1985, l'APCHQ créait également un autre plan de garantie destiné à la rénovation et connu sous le nom de *La Garantie rénovation de l'APCHQ*. Notre attention se portera donc sur ces plans de garantie, car ils nous paraissent constituer une forme d'autoréglementation. Puisque les deux plans offrent des protections similaires, nous nous limiterons à l'examen de *La Garantie des maisons neuves de l'APCHQ*.

1.2 - Règlement sur le plan de garantie des bâtiments résidentiels neufs

Par ailleurs, il faut souligner dès maintenant que, depuis le 1er janvier 1999, date à partir de laquelle le *Règlement sur le plan de garantie des* bâtiments *neufs*[280] [ci-après : le *Règlement*] est entré en vigueur, le gouvernement rend obligatoire pour tout entrepreneur en construction résidentielle l'adhésion à un plan qui garantit l'exécution des obligations légales et contractuelles, résultant d'un contrat conclu avec le bénéficiaire et qui sont prévues au Règlement.

Le Règlement prévoit que l'administration du plan est confiée à une personne morale qui y a été autorisée par la Régie du bâtiment du Québec et dont l'unique fonction consiste à administrer les garanties financières énoncées au Règlement. Pour être autorisée par la Régie à administrer un plan de garantie, la personne morale doit remplir un certain nombre de conditions d'ordre structurel, administratif et financier. L'une des conditions significatives est qu'au moins trois des personnes clés appelées à participer au processus décisionnel devront être issues du milieu des institutions financières, du gouvernement et du milieu de la consommation.

Le Règlement précise même que la personne issue du milieu de la consommation doit être celle qui est le plus à même de représenter les intérêts des consommateurs. En vertu de son article 2, le Règlement n'est pas destiné à s'appliquer à tous les bâtiments à vocation résidentielle. De façon générale, disons que 90 à 95 % des condos (appartements en copropriété) ne sont pas couverts.

Le Règlement précise la nature et les limites de la garantie ainsi que les exclusions, c'est-à-dire ce qui ne sera pas couvert. Il établit également un mécanisme de mise en œuvre de la garantie pour le bénéficiaire et les recours dont il pourra user, ces recours étant la médiation et l'arbitrage.

À titre d'exemple, le Règlement prévoit que la garantie devra couvrir la réparation des vices cachés, au sens de l'article 1726 ou 2103 du code civil, découverts durant les trois années suivant la réception du bâtiment. La limite inhérente à cet aspect de la garantie est le montant inscrit au contrat jusqu'à concurrence de 200 000 $ CAN.

---

[280] *Décret 841-98*, G.O.Q. 1998.

L'APCHQ et l'Association de la construction du Québec [ci-après : *l'ACQ*] ont été désignées administrateurs privés dudit plan. À ce titre, l'APCHQ offre le plan de garantie appelé *La nouvelle Garantie des maisons neuves de l'APCH,* dont l'élaboration s'est inspirée de la garantie créée par l'APCHQ en 1976.

Quant à l'ACQ, une association qui réunit surtout les constructeurs des secteurs commerciaux et industriels, elle a mis sur pied un plan de garantie appelé *Qualité Habitation*. Ces deux plans ont été approuvés par la Régie, tel que prescrit par l'article 3 du Règlement. En vertu de ce même article, ces plans de garantie doivent être conformes aux normes et aux critères qui y sont établis, puisque toute disposition inconciliable avec ces normes et critères sera frappée de nullité.

L'adoption d'un tel Règlement, qui rend obligatoire l'adhésion des entrepreneurs à un plan de garantie, rend l'analyse du phénomène d'autoréglementation, présent dans le secteur de la construction résidentielle, encore plus intéressante, puisqu'elle porte à réfléchir sur les causes pouvant expliquer le passage d'un système de garantie conventionnelle volontaire à un système obligatoire.

Cette réflexion place l'évaluation de l'efficacité du système d'autoréglementation dans un contexte particulier. Il faut donc se demander pourquoi est-on passé d'un plan de garantie, qui s'appliquait aux entrepreneurs sur une base volontaire, à un plan de garantie obligatoire. Cette question suppose qu'on considère dans quelle mesure la qualité de la protection offerte aux consommateurs sous le plan de garantie volontaire est à l'origine de cette mesure législative.

1.3 - Plan de garantie des maisons neuves de l'APCHQ.

En vertu du plan de garantie de 1976, mis à part la nécessité d'être titulaire d'une licence délivrée par la Régie, l'accréditation d'un entrepreneur est fonction de trois types de critères: la situation financière, la capacité administrative et la compétence technique. Ce sont toujours ces mêmes critères qui régissent l'accréditation des entrepreneurs en vertu du nouveau plan obligatoire. La différence que vient ajouter le nouveau plan obligatoire est que l'analyse financière de l'entrepreneur doit être effectuée à partir de ratios définis par le Règlement. L'analyse se fait donc à l'intérieur d'un cadre, qui n'existait pas auparavant.

Quant aux protections offertes au terme du plan de garantie élaboré en 1976 par l'APCHQ, elles sont les suivantes : une protection des acomptes versés jusqu'à concurrence de 30 000 $, le parachèvement des travaux en conformité avec le contrat initial, la réparation des malfaçons non apparentes existant au moment de la réception du bâtiment et que le bénéficiaire découvre durant l'année suivant la réception, la réparation des vices de conception, de construction, de réalisation ou les vices de sol qui apparaissent dans les cinq ans suivant la fin des travaux.

Ces protections sont reprises dans le nouveau Règlement. Il ajoute cependant deux éléments supplémentaires : la réparation des vices cachés, au sens de l'article 1739 du code civil, qui sont découverts dans les trois ans suivant la réception du bâtiment et une précision quant à la définition d'une malfaçon, ayant pour effet d'élargir son champ d'application. En effet, selon le deuxième alinéa de l'article 10 du Règlement, constitue une malfaçon le défaut par l'entrepreneur de se conformer aux règles de l'art ou à une norme en vigueur applicable au bâtiment.

Toujours en vertu du plan de garantie élaboré en 1976, le bénéficiaire peut soumettre le différend qui l'oppose à l'entrepreneur à un processus de conciliation ainsi qu'à une forme d'arbitrage. Le processus de conciliation est tenu, à la demande du bénéficiaire ou de l'entrepreneur. Il est réalisé par les employés de l'APCHQ. Quant à ce qui porte le vocable d'arbitrage, il ne faut pas entendre arbitrage au sens du code civil.

En effet, cette alternative offerte au bénéficiaire ne lie pas les parties et n'est ni finale ni sans appel, contrairement à l'article 2638 C.c.Q., qui énonce qu'il est de l'essence de la sentence arbitrale d'être finale et sans appel. Il semble donc que le qualificatif " d'arbitrage " ait été employé pour distinguer ce qui était envisagé lorsque les parties avaient recours à l'inspection ayant eu lieu précédemment et pour éviter que les parties perdent leur recours devant les tribunaux.

Il est possible d'assimiler cet arbitrage à une seconde inspection ou encore à un " arbitrage léger ", puisqu'on n'y applique pas les règles de droit et que le tout se déroule plutôt de façon informelle. Les parties ne sont pas liées par la décision rendue par l'arbitre et peuvent intenter un recours devant les tribunaux.

L'arbitre est un arbitre externe, souvent choisi auprès de l'Institut d'arbitrage du Canada. L'adoption du Règlement change la nature des recours disponibles pour le bénéficiaire, puisque la décision arbitrale lie dorénavant les parties, et il ne peut en être appelé.

§ 2 - Critique du système d'autoréglementation

Tel que mentionné précédemment, la critique du système d'autoréglementation que constitue le plan de garantie élaboré en 1976 par l'APCHQ s'inscrit dans un cadre particulier, en raison de l'adoption du Règlement rendant l'adhésion à un plan de garantie obligatoire pour l'entrepreneur en construction résidentielle. La critique doit prendre en considération l'adoption de ce Règlement afin d'évaluer dans quelle mesure elle est indicative de l'efficacité du plan de garantie volontaire.

Tout d'abord, il faut savoir qu'il y a toujours eu une volonté du législateur de légiférer dans le domaine de la construction résidentielle. Gilles Doyon et Serge Crochetière, auteurs de l'ouvrage " Le Règlement sur le plan de garantie des bâtiments résidentiels neufs commenté "[281], affirment que l'adoption du Règlement est le résultat d'un long processus réalisé par le législateur. Il est possible de retracer la volonté de ce dernier d'accorder une protection légale particulière aux acquéreurs d'un bâtiment résidentiel neuf dès 1975.

Ainsi, avant même que l'APCHQ ne mette sur pieds son plan de garantie, le législateur entendait intervenir. Ce constat relativise, de prime abord, la signification de l'adoption du Règlement dans la détermination de l'efficacité du plan de garantie de l'APCHQ, pour régir les relations entre les consommateurs et les entrepreneurs. Par ailleurs, l'on peut avancer que si le plan de garantie avait vraiment assuré une bonne protection aux consommateurs, le législateur n'aurait plus ressenti le même besoin d'intervenir.

[281] G. Doyon et S. Crochetière, *Le Règlement sur le plan de garantie des bâtiments résidentiels neufs commenté*, Cowansville (Québ.), Yvon Blais, 1999.

En mars 1994, l'Association coopérative d'économie familiale de l'est de Montréal, en collaboration avec l'Association des consommateurs pour la qualité dans la construction [ci-après *ACQC*] présentait un mémoire à la Régie du bâtiment du Québec[282].

Il s'inscrivait dans le processus de consultation de la Régie, à qui le gouvernement avait délégué la tâche de préparer un règlement lui permettant d'exercer les pouvoirs relatifs aux garanties de construction résidentielles et de rénovation, qu'elle possède en vertu de la *Loi sur le bâtiment*.

Le projet envisagé par le gouvernement était alors ce qu'il est maintenant devenu, c'est-à-dire de rendre ces garanties obligatoires, qui continueraient d'être administrées par le secteur privé, mais dont l'administration ferait l'objet d'un encadrement gouvernemental. Ce rapport est instructif de la perception des associations de consommateurs quant aux plans de garantie offerts par le secteur privé.

Il dépeint la situation vécue par les consommateurs et formule une série de critiques qui donnent une bonne idée de l'efficacité qu'a pu avoir le plan de garantie qu'est *La Garantie des maisons neuves de l'APCHQ*. Les observations et conclusions qui vont suivre proviennent de ce mémoire. Les enquêtes qui y sont recensées, et dont l'année de réalisation n'est pas toujours précisée, sont donc antérieures à 1994.

Pour bien saisir la portée de ces critiques, il est important de connaître, d'abord, la nature des relations entre les consommateurs et les entrepreneurs en construction à ce moment là, dans un deuxième temps, le contexte économique dans le domaine de la construction, toujours à la même période. Une enquête réalisée en 1984 par le ministère de l'habitation et de la protection du consommateur dévoile que 31 % des acquéreurs de maisons neuves ont des difficultés avec leur constructeur.

[282] Association coopérative d'économie familiale de l'est de Montréal, en collaboration avec l'Association des consommateurs pour la qualité dans la construction, *Pour une meilleure protection des consommateurs dans le domaine de la construction et de la rénovation résidentielle* (Mémoire présenté à la Régie du bâtiment du Québec), Québec, 1994.

Pour sa part, l'Office de protection du consommateur [ci-après *OPC*] révèle, dans l'une de ses enquêtes, que l'acquisition d'un logement et les travaux de rénovation représentent 7 % de l'ensemble des problèmes de consommation expérimentés par les consommateurs ; 15 % des problèmes soumis à l'OPC au cours des dernières années auraient concerné le secteur de la construction.

Quant aux associations de constructeurs, à savoir l'APCHQ et l'ACQ, elles prétendent recevoir respectivement 1200 et 800 plaintes par année dans le cadre de leur plan de garantie. Les auteurs du rapport affirment qu'il est possible de présumer que le nombre de consommateurs qui connaissent des difficultés avec leur entrepreneur est plus élevé que ne le laissent croire ces associations. La lenteur et la complexité du traitement des plaintes conduiraient les consommateurs à abandonner la bataille, ce qui expliquerait, selon eux, que les chiffres avancés par les associations de consommateurs ne soient pas tout à fait représentatifs de la réalité.

Quant aux défauts qualitatifs subis par les consommateurs, les auteurs du mémoire précisent qu'ils sont majeurs et impliquent des réparations très coûteuses. Les démêlés durent généralement de trois à six ans. Dans ces circonstances, les consommateurs viennent à ressentir une perte de confiance envers leur constructeur, l'association qui garantit leur maison et la Régie du bâtiment du Québec. En fait, les consommateurs finissent par vivre une situation de doute généralisé : doute envers les experts, doute envers les avocats et doute envers les élus municipaux ou gouvernementaux.

Pour ce qui est du contexte économique, dans lequel les relations entre consommateurs et entrepreneurs ont évolué, les auteurs en font état sous un intitulé significatif : " Un contexte aggravant ". Il serait par ailleurs peut être plus approprié de parler d'un contexte économique qui a influencé le cours des relations entre consommateurs et entrepreneurs. Depuis 1987, on peut observer un ralentissement d'activité dans le secteur de la construction résidentielle.

Ce ralentissement a eu un certain nombre de conséquences. Il a entraîné une concurrence féroce qui, à son tour, a amené les constructeurs à vouloir diminuer leur prix au détriment de la qualité. La baisse des prix a, diminué la marge de profits des entrepreneurs et, conséquemment, rendu plus précaire leur situation financière.

La durée moyenne de vie des entreprises de construction en habitation serait environ quatre ans, selon les représentants de l'ACQ, rencontrés par les auteurs du mémoire. De plus, le Bureau de la statistique du Québec aurait dénombré entre 500 à 600 faillites par année depuis 1990.

Voilà le contexte qu'il faut garder en tête lorsqu'on prend connaissance des critiques formulées dans le mémoire de l'ACEF-est. L'un des principaux points négatifs, soulevés dans le mémoire comme dans un article paru dans le magazine " Consommation "[283], est le conflit d'intérêts dans lequel se trouvent les administrateurs des plans de garantie.

Les plans de garantie de l'ACQ et de l'APCHQ sont administrés par ces associations, qui représentent les entrepreneurs en construction. Dans la même veine, on peut aussi affirmer que le processus de conciliation n'est pas impartial, puisqu'effectué par des employés de l'APCHQ.

Les auteurs du mémoire soulignent l'absence de transparence du processus, un constat qu'une rencontre avec M. Nantel, directeur de la Garantie des maisons neuves, permet de confirmer. Le plan de garantie ne cherche pas à informer les consommateurs sur le profil général des relations entre consommateurs et entrepreneurs, dessiné par le nombre et la nature des plaintes.

Le mémoire met aussi en lumière le faible pouvoir, voir l'absence de contrôle des associations à trois niveaux : celui des informations véhiculées par leurs membres au sujet des garanties, celui de la quantité des fonds de garantie et de leur allocation aux fins exclusives de la garantie, celui de l'exécution par les entrepreneurs des correctifs nécessaires.

Deux autres aspects négatifs sont l'extrême lenteur du système de traitement des plaintes et une forme de laxisme des associations dans l'application des critères d'admissibilité des entrepreneurs en construction au plan de garantie.

[283] N. Labonte, " Plan de garantie sur les maisons neuves, Rien qu'un outil de plus " (1999-2000) 10 Consommation 20.

Pour terminer, les auteurs notent que les conditions de la garantie et les délais de prescription qui s'y rattachent sont interprétés de manière restrictive, en plus de ne pas offrir un degré de protection satisfaisant compte tenu de la durée de vie utile d'une construction, de l'importance de l'investissement en jeu et de ce qui est offert à titre de protection dans les autres pays.

Ainsi, la garantie d'un an pour la protection des malfaçons non apparentes et des vices cachés et la garantie de cinq ans pour les vices de construction affectant la structure du bâtiment ont été jugées insuffisantes par l'ACEF-est qui estime que ces garanties devraient respectivement être portées à trois et cinq ans.

De façon générale, l'ACEF conclut dans son rapport que " *les associations de constructeurs se sont jusqu'à présent d'avantage préoccupées des intérêts particuliers de leurs membres qu'elles ont veillé à ce que l'ensemble de la profession adopte des critères éthiques susceptibles de rehausser son image* "[284].

Le mémoire dit constater " *[..] l'ampleur des faiblesses actuelles en matière de protection des consommateurs* "[285]. L'analyse des diverses critiques soulevées dans le mémoire, au regard de la grille d'analyse permettant de juger de l'efficacité d'un système d'autoréglementation, conduit à un constat similaire. Le critère relatif à la présence et à la collaboration soutenue d'acteurs extérieurs à l'industrie n'est pas illustré, comme en fait foi la mention au mémoire du conflit d'intérêts.

L'industrie a défini les termes de la garantie et c'est celle qui les interprète. Les recours que peuvent exercer les consommateurs, passent au préalable par une conciliation réalisée par le personnel de l'APCHQ.

Le critère, exigeant que l'ensemble des problèmes susceptibles de survenir entre les consommateurs et l'industrie soit couvert, n'est pas non plus satisfait.

Les garanties offertes, selon l'ACEF-est, ne sont pas assez généreuses pour que le consommateur soit efficacement protégé. D'où les recommandations d'augmenter le nombre d'années durant lesquelles il peut découvrir la présence d'un vice caché ou un vice affectant la structure du bâtiment.

---

[284] *Supra*, note 5 à la p.8.
[285] *Ibid.* à la p.1.

La contrainte exercée sur l'industrie concernée, autre critère de l'efficacité d'un système d'autoréglementation, n'est pas exercée si l'on s'en remet à la critique formulée dans le mémoire : les associations auraient que peu de pouvoir pour forcer le constructeur membre à procéder aux correctifs requis.

Aucun rapport, étayant le nombre et la nature des plaintes, n'est produit à l'intention du public. Pour terminer, mentionnons le nombre d'adhérents, ou plutôt le nombre d'entrepreneurs qui ont été accrédités au plan de garantie. La seule information disponible à ce titre révèle que 2000 entreprises de construction ont été accréditées depuis 1976, ce qui représenterait 85 % du marché de la construction. Il n'est donc pas possible d'évaluer la rapidité avec laquelle, au fil des ans, le plan de garantie a rallié les entrepreneurs.

Sur l'efficacité du plan de garantie de l'APCHQ, il convient de mentionner ce qui a poussé le gouvernement à adopter le Règlement sur le plan de garantie des bâtiments résidentiels neufs et en quoi il s'agit d'une amélioration pour la protection du consommateur. Ces deux éléments se recoupent, puisque l'une des raisons importantes de l'adoption du Règlement, rendre le traitement des plaintes plus impartial et plus transparent, est essentiellement l'amélioration la plus notoire.

Outre qu'il précise la nature, les limites, les exclusions de la garantie, et qu'il établit également un mécanisme de mise en œuvre de la garantie, le Règlement prévoit les recours que pourra intenter le bénéficiaire, la médiation et l'arbitrage. Le médiateur, en vertu de l'article 99 du Règlement, sera celui choisi par le consommateur et l'entrepreneur sur une liste fournie par le ministre du travail, ce qui élimine l'élément de partialité propre à l'ancien processus de conciliation.

Quant à l'arbitrage, ce n'est plus un vocable utilisé pour signifier qu'il ne s'agit pas d'une simple inspection. Il reprend maintenant la signification que lui a toujours attribuée le code civil : la décision arbitrale est finale et sans appel. L'arbitrage exclut la participation ultérieure des tribunaux.

Selon M. Nantel, directeur de la Garantie des maisons neuves, le fait que les parties ne puissent pas recourir aux tribunaux est le changement le plus susceptible d'amener les constructeurs à respecter les termes de la garantie. Il est intéressant de constater que la création d'un système de gestion privée, encadrée par la Régie, est l'un des deux modèles qu'avait suggéré l'ACEF est, dans son mémoire de 1994.

Annexe 11 : Industrie de la télévision par câble au Canada

§ 1. Description.

1.1 - Élaboration des normes par l'industrie.

Dans les années 1980, période propice à une vague de déréglementation, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes [ci-après CRTC] a offert de réduire la réglementation touchant l'industrie de la télévision par câble, si cette dernière adoptait des normes acceptables pour régir ses comportements et si elle se dotait de mécanismes vérifiant que les entreprises se conformeraient à ces normes. C'est ainsi que l'industrie a adopté plusieurs codes volontaires dont les normes ont toutes subi l'approbation du CRTC : Normes de service aux abonnés de télévision par câble, Normes relatives aux canaux communautaires de télévision par câble, Code canadien des normes de la publicité, Prestation des services de la Cablodistribution aux aveugles et aveugles et malvoyants. Le principal code de l'industrie de la télévision par câble est celui sur le service aux abonnés. La plupart des normes qu'il contient ont été élaborées par l'Association canadienne de télévision par câble [ci-après ACTC] entre 1988 et 1992.

1.2 - Fondation des Normes de télévision par câble.

En 1988, l'ACTC créait la Fondation des Normes de télévision par câble [ci-après : la Fondation], une corporation chargée de la surveillance de la mise en œuvre des normes établies et de leur application au sein de l'industrie. Le fonctionnement de la Fondation est régi par le Règlement général # 1 [ci-après : le Règlement]. En vertu de celui-ci, seules les personnes physiques ou morales éligibles au " membership " de l'ACTC peuvent être membres de la Fondation. Cela signifie que pour être membre de la Fondation, l'entreprise de télévision par câble doit détenir une licence de télédistribution du CRTC. À l'heure actuelle, 48 entreprises sont membres. Ensemble, elles opèrent 1 338 systèmes de télévision par câble licenciés, qui desservent approximativement 7,5 millions de foyers canadiens. L'adhésion à la Fondation entraîne le paiement d'une cotisation, qui lui sert de financement, comme au Conseil des Normes [ci-après : le Conseil].

Le conseil d'administration de la Fondation est composé de 5 administrateurs, qui doivent être des représentants de membres en règle de la Fondation.

La mission de la Fondation est d'appliquer de normes minimales de conduite et de qualité du service, à la clientèle au sein de l'industrie. La poursuite de cette mission se traduit par un certain nombre de grands objectifs. La Fondation entend agir et être perçue comme un forum " efficace et fiable " de gestion des préoccupations des consommateurs. Elle aide les entreprises à répondre à ces mêmes préoccupations en leur transmettant des rapports détaillés faisant état de leur effet pour le respect des diverses normes pour le service de la clientèle. À cette fin, les rapports contiennent des analyses relatives aux plaintes reçues par le Conseil. La fondation cherche à démontrer au CRTC, ainsi qu'à toute partie intéressée, que l'industrie peut réussir à offrir un service de qualité par l'entremise de l'autoréglementation. Enfin, la Fondation veille à ce que les membres soient outillés pour faire face à la concurrence.

1.3 - Conseil des Normes

En vertu de l'article X du Règlement, la Fondation doit établir un conseil, le Conseil des Normes de télévision par câble. Il s'agit d'une organisation indépendante à qui est déléguée la gestion de l'ensemble des normes adoptées par l'industrie. Le mandat du Conseil est de quatre ordres. Dans un premier temps, il se penche sur toute question qui lui est adressée relative aux normes adoptées par l'industrie. Dans le cadre de cette mission, il interprète les normes se rattachant aux questions soulevées et détermine si l'entreprise intéressée s'y est conformée.

Dans un second temps, le Conseil fait rapport de ses conclusions aux parties intéressées. Troisièmement, il examine toute plainte qui n'a pas trait à une norme de l'industrie et rédige un rapport dédié au conseil d'administration de l'ACTC. Les membres de la Fondation sont par ailleurs réputés avoir consenti à l'exercice de ses pouvoirs. Cela implique qu'ils aient accepté de se conformer aux décisions du Conseil, d'être lié à son autorité, à ses pratiques et à ses procédures.

Lorsqu'ils n'exercent pas les pouvoirs qui viennent d'être mentionnés, c'est-à-dire ceux relatifs à l'application des normes, le Conseil se compose de trois membres, nommés par le conseil d'administration de la Fondation. Le Règlement prévoit que le président du Conseil doit posséder une expérience dans le domaine juridique ou quasi-juridique. Le Règlement stipule aussi que le conseil d'administration devra nommer un représentant des consommateurs possédant la formation et l'expérience nécessaires pour assurer une bonne représentation des intérêts des consommateurs. Enfin, et toujours au terme du Règlement, le président du conseil d'administration de la Fondation siège au Conseil en sa qualité de représentant des intérêts de l'industrie.

Le règlement des différents se fait en trois étapes. Si le différend avec le câblodistributeur ne peut être résolu à la satisfaction du plaignant, ce dernier doit communiquer avec le Conseil, par l'intermédiaire de son numéro de téléphone sans frais ou par courrier, et lui résumer les faits. C'est à ce moment que s'enclenche la première étape : le Conseil transmet immédiatement la plainte au câblodistributeur concerné et lui demande d'y répondre dans un délai de dix jours. Si le plaignant n'est toujours pas satisfait, il peut, dans un deuxième temps, écrire au Conseil, qui discutera de l'affaire avec le câblodistributeur.

Cette seconde étape consiste en une médiation informelle. En troisième lieu, si la plainte demeure non résolue, le Conseil examine le dossier et décide si le câblodistributeur a enfreint une norme, un code ou une ligne directrice. Une copie de la décision, par écrit, est rapidement transmise aux parties.

Les câblodistributeurs membres de la Fondation sont liés par cette décision. Une copie de la décision est remise à un membre du public sur demande. Quant à l'entreprise de câblodistribution concernée, elle doit publier la décision et en distribuer des copies sur demande. Le Conseil peut recevoir, réviser et répondre à toute plainte relative à tout aspect du service fourni par un membre.

Toutefois, si la plainte en question ne relève pas d'une norme, le Conseil ne peut juger du bien-fondé de la plainte ; il peut par contre émettre des recommandations au membre de l'industrie concerné.

Le Conseil ne possède pas le pouvoir d'ordonner quelque mesure que ce soit, sous forme de sanction. Il faut souligner que toutes les décisions rendues par le Conseil, depuis sa création, ont été communiquées au CRTC.

1.4 - Recensement des décisions rendues par le Conseil des normes.

Bien qu'il soit dans les pouvoirs du Conseil de se prononcer sur les plaintes non résolues, opposant un client et une entreprise du câble affiliée à la Fondation, le Conseil envisage l'audience formelle de jugement, dans la mesure où le recours à un mécanisme informel s'avère inefficace. C'est dire que la médiation informelle par le personnel du Conseil est la solution privilégiée. De la mise sur pied du Conseil jusqu'au mois de février 2000, seulement 11 décisions ont été rendues À titre d'exemple, pour la période allant du 1er septembre 1998 au 31 août 1999, les 3 conflits, qui étaient destinés à une audience formelle du Conseil, l'ont évitée. Dans l'un de ces cas, la médiation informelle réalisée par le personnel du Conseil permis de mettre un terme au conflit. Quant aux deux autres affaires, l'audience formelle fut évitée, puisque les parties, appelées à répondre aux questions additionnelles du Conseil lors de la préparation de l'audience, réalisèrent qu'elles pouvaient trouver un compromis satisfaisant.

1.5 - Code des Normes de service aux abonnés de télévision par câble.

Dans le code appelé Normes de service aux abonnés de télévision par câble, on affirme que les normes qui y sont inscrites sont sujettes à modifications si l'expérience acquise par l'industrie rend les indicateurs qu'elle s'est donnée moins adéquats qu'auparavant. On dit également que la Fondation recueillera, analysera et résumera les rapports portant sur les indicateurs de service remplis annuellement par ses membres. De plus, une méthode d'échange de renseignements sera également instaurée pour que tous les membres soient au courant des moyens mis au point par leurs confrères afin d'améliorer la qualité du service à la clientèle. Ce code contient des normes sur les aspects suivants :

- la protection des renseignements personnels et leur sécurité ;

- le début du service offert ;
- le maintien du service offert ;
- la fin du service offert ;
- les améliorations au service ;
- les indicateurs particuliers ;
- les normes d'exploitation ;
- le service ;
- le règlement des différents.

1.6 - Sensibilisation du public à l'existence du Conseil.

Le Conseil a utilisé plusieurs stratégies afin de sensibiliser le public à son existence, à son mandat et à son fonctionnement. Tout d'abord, une ligne téléphonique sans frais a été mise à la disposition des consommateurs, en mars 1995. Cette ligne permet aux consommateurs d'appeler gratuitement le Conseil, partout au Canada. Le Conseil a eu recours à divers supports médiatiques pour informer les consommateurs. Il a conçu un dépliant expliquant le rôle du Conseil et son processus de plaintes.

Ce dépliant est envoyé à tous les clients qui font affaire avec un membre ou, plus généralement, qui ont eu accès aux services du Conseil.

Le Conseil a publié et continuera de publier des articles étayant les services qu'il offre dans les journaux locaux et aux quotidiens, à raison de deux fois par année. Le Conseil distribue aussi ces mêmes articles aux associations de consommateurs, qui reçoivent régulièrement la visite du secrétaire général du Conseil. Il a réalisé un livret qui vulgarise les normes de service à la clientèle.

Des disquettes sont remises gratuitement aux membres afin qu'ils puissent en reproduire des exemplaires qui seront donnés au public. Le Conseil a réalisé une vidéo d'une durée de 60 secondes qui se veut une illustration de ce que représente un bon service à la clientèle. Les entreprises de programmation, du réseau communautaire et des services spécialisés, peuvent diffuser gratuitement la bande vidéo, disponible auprès de tous les membres.

1.7 - Sensibilisation des membres.

La Fondation privilégie la prévention. Elle juge donc important d'identifier les faiblesses du service et d'offrir un soutien permettant aux membres de l'industrie de les corriger. À cette fin, elle produit des rapports qui sont destinés à évaluer si l'industrie et les entreprises respectives se conforment aux huit indicateurs rattachés aux normes de service à la clientèle.

Sur la base de ces rapports, la Fondation remet à chacun des membres un " bulletin " individualisé qui lui fait part des plaintes dans lesquelles il a été impliqué durant le trimestre ainsi que la répartition de l'ensemble des plaintes générées par l'industrie, sur une base régionale et pour l'ensemble du Canada. Fidèle à son objectif de prévention, la Fondation a également établi un processus de vérification dont le but est de surveiller la mise en application des normes.

Elle précise qu'aucune sanction n'est reliée à cet exercice et qu'il vise plutôt à recenser les meilleures pratiques utilisées dans l'industrie, afin qu'elles soient communiquées grâce au bulletin de la Fondation et à des fiches d'information.

En dernier lieu, la Fondation a élaboré un Guide d'utilisation des plaintes, document contenant un ensemble de suggestions pour aider les membres à mieux gérer les plaintes formulées par leurs clients, en leur fournissant des modèles de réponses écrites.

1.8 - Tendance.

Dans un rapport soumis au CRTC pour sa revue de l'autoréglementation de l'industrie, on mentionne que la menace d'une intervention législative, qui avait poussé l'industrie à créer la Fondation et le Conseil et qui avait rendu ces institutions importantes à ses yeux, pourrait diminuer ou disparaître. Le rapport fait part, sans détours, des préoccupations qu'engendre cette possibilité.

On craint que les entreprises de télévision par câble ne puissent résister aux pressions exercées par la concurrence ainsi qu'au désir de maintenir une situation financière enviable, ce qui les amènerait éventuellement à délaisser le système d'autoréglementation que constituent la Fondation et le Conseil. Par ailleurs, ce système a acquis une très bonne réputation auprès des gouvernements, du CRTC, des clients du câble et des consommateurs. Les groupes de consommateurs ne manqueraient donc pas de souligner de façon négative l'abandon d'une telle structure.

1.9 - Rapport annuel 1998-1999.

Le CRTC, dans l'avis public 1992-22, demandait au Conseil de lui soumettre des rapports relatifs à l'application de chaque code de conduite administré. Ces rapports doivent recenser, sur une base régionale, toutes les plaintes reçues durant l'année, soit du 1er septembre au 31 août. Ils doivent répartir les données statistiques en fonction de la nature de la plainte et de la norme présumée enfreinte. Le Conseil a su remplir ce mandat et a produit 6 rapports qui reflètent le portrait de la situation entre 1992 et 1999.

Pour avoir un aperçu des données qui ressortent de tels rapports, voici ce qu'a révélé le rapport pour la période allant du 1er septembre 1998 au 31 août 1999. Durant cette période, 2252 clients ont formulé 3798 plaintes. Il est à noter en effet que le nombre de plaintes peut excéder le nombre de clients, puisqu'il leur appartient de soumettre le nombre de plaintes désiré. Un très faible pourcentage de plaintes a été référée au Conseil par le CRTC. La catégorie de plaintes qui, comme toujours, a remporté la palme est la qualité du service. 153 personnes ont formulé leur plainte en utilisant le site Internet, créé au mois d'octobre 1998.

§ 2 - Critique du système d'autoréglementation.

Dans un premier temps, il est utile de faire mention des critiques formulées par M. Allan McChesney en 1996, dans un texte : " Normes non obligatoires et règlement des différends dans l'industrie canadienne de la câblodistribution : Résumé "[286], critiques que nous répartirons en trois catégories : les aspects positifs, les aspects négatifs et les commentaires d'ordre général.

2.1 - Aspects positifs.

- Les efforts de médiation, faits par le Conseil, n'auraient pu être faits par le CRTC.
- Les tensions liées aux compétences fédérales et provinciales peuvent être évitées par le système d'autoréglementation élaboré.
- Les normes ne sont pas destinées à rester les mêmes éternellement.
- Puisque les plaintes gérées par le Conseil ont une importance mineure, on est en droit de supposer qu'elles n'auraient pas reçu l'attention du CRTC.

2.2 - Aspects négatifs.

- Bien que le Conseil soit " indépendant ", il est tout de même associé à l'industrie.
- Les plaintes ne parviennent pas à l'attention du public et du CRTC, avant le renouvellement de la licence.
- Bien que le système fonctionne bien, il ne traite pas de questions d'importance, telles la tarification, la compétition et les licences, domaines réservés au CR.T.C.

2.3 - Commentaires d'ordre général.

- Les menaces d'intervention du CRTC s'avéreraient inadéquates pour inciter l'industrie à se conformer au système d'autoréglementation élaboré.
- L'une des causes du succès du système, chapeauté par le Conseil, est que ce dernier s'est préparé pendant plusieurs années à gérer les normes adoptées par l'ACTC.
- Une autre cause de ce système est due à la câblodistribution, domaine où le public a assez de connaissances pour agir lui aussi à titre de surveillant.

Dans un deuxième temps, il y a lieu d'examiner plus en détail ces critiques. Ainsi qu'il a été déjà mentionné, un facteur important pour l'efficacité d'un système d'autoréglementation est la participation d'acteurs extérieurs à l'industrie à trois niveaux : l'élaboration des normes, l'évaluation de leur respect et la mise en œuvre de mécanismes de redressement. M. McChesney formule une critique lorsqu'il affirme que le Conseil, malgré son caractère indépendant, est associé à l'industrie. À cette critique, on peut ajouter les observations suivantes : les normes administrées par le Conseil ont été élaborées par l'ACTC, l'association qui représente les compagnies oeuvrant dans l'industrie de la câblodistribution. Ce ne sont donc pas des acteurs extérieurs à l'industrie qui sont à l'origine des normes volontaires. Par ailleurs, ces normes ont toutes été acceptées par le CRTC. Quant au conseil lui-même, on constate que ses membres sont nommés par la Fondation, dont le conseil d'administration est composé de représentants d'entreprises de câblodistribution. Encore une fois, les acteurs extérieurs à l'industrie ne font pas partie du processus.

Toutefois, les membres du Conseil une fois nommés, n'ont pas de comptes à rendre à la Fondation et jouissent d'une indépendance qui sans égaler celles des magistrats rend les décisions crédibles.

L'étendue des problèmes entre les consommateurs et l'industrie, que le système d'autoréglementation se donne pour mission de régler, constitue une autre condition d'importance de l'efficacité d'un tel système. M. McChesney soulignait à ce titre que le Conseil ne traite pas de questions d'importance, telles la tarification, la compétition et les licences, domaines réservés au CRTC.

Il affirme par contre que les problèmes dont s'occupe le Conseil ne seraient sans doute pas gérés par le CRTC à cause de leur importance mineure et, qu'en ce sens, il est souhaitable que le Conseil en assume la charge.

Si l’on se penche sur les efforts déployés par la Fondation et le Conseil pour faire connaître leur système de règlement de plaintes, on constate que plusieurs initiatives ont été entreprises : dépliant d’informations remis à tout consommateur traitant avec un membre de la Fondation ou étant entré en contact d’une façon ou d’une autre avec le Conseil, livret explicitant les normes de service à la clientèle remis par les membres de la Fondation à leurs clients, vidéo sur l’essentiel d’un bon service à la clientèle et dont la diffusion peut être faite par les entreprises de programmation du réseau communautaire et des services spécialisés, information des consommateurs quant à l’existence et à la mission du Conseil grâce aux journaux locaux et aux quotidiens. De plus, des membres du conseil d’administration de la Fondation et du Conseil font des tournées à travers le Canada durant lesquelles ils rencontrent les représentants d’associations de consommateurs.

Quant à l’attention accordée aux normes elles-mêmes, la Fondation doit recueillir, analyser et résumer les rapports relatifs aux indicateurs de service fournis annuellement par ses membres. Cet exercice lui permet de vérifier si les normes en place sont toujours appropriées ou si l’expérience démontre qu’elles devraient être modifiées. Les normes élaborées par l’ACTC ne sont donc pas statiques, élément positif que ne manquait pas de souligner M. McChesney.

Une autre condition favorisant l’efficacité d’un système d’autoréglementation consiste en la production de rapports destinés au public et réalisés par des acteurs indépendants. Le Conseil, à cet égard, doit faire rapport sur une base annuelle au CRTC, tel que mentionné précédemment. Ces rapports annuels doivent répartir, pour chaque région, les plaintes selon leur nature et en préciser leur nombre Ces rapports peuvent également être consultés sur Internet. Ils sont aussi produits lors des rencontres avec les associations de consommateurs.

Enfin, il faut souligner que le système élaboré par l’industrie de la câblodistribution pour s’autoréglementer englobe presque tous les participants de l’industrie.

Annexe 12 : Médiateurs de la SNCF et RATP

§ 1 - La création des médiateurs

Les médiateurs sont le fruit d'une concertation entre la SNCF et la RATP et les associations d'usagers et de consommateurs, dont le résultat fut la signature de protocoles. Le médiateur de la RATP a été institué en 1990 et celui de la SNCF en 1994. Pour la SNCF, un protocole de 1990 prévoyait " d'améliorer la qualité des relations entre la SNCF et ses différentes catégories de voyageurs notamment par l'analyse périodique des litiges et des réclamations ." En 1994, un avenant à ce protocole a répondu à ce souhait en instaurant un médiateur.

§ 2 - La nature des médiateurs

Le médiateur de la SNCF est une personnalité " extérieure à l'entreprise " ; le souci d'indépendance est manifeste. Il est désigné par le président du conseil d'administration de la SNCF après consultation des associations nationales, membres du Conseil Consultatif National des Usagers mis en place par le protocole de 1990. Le médiateur actuel qui est un président de chambre de la Cour des Comptes insiste sur son indépendance : il affirme n'avoir jamais subi de pression dans le cadre de ses activités. En revanche, le médiateur de la RATP n'est pas indépendant : il appartient au service clientèle, qui relève du département commercial. Il exerce d'autres fonctions de relations avec les usagers en dehors de son activité de médiation. Ainsi, il est responsable de la qualité des réponses données aux clients.

§ 3 - La procédure devant les médiateurs

Les médiateurs sont chargés de donner des avis sur les litiges opposant les usagers à l'une des deux entreprises de transport. Leur domaine d'intervention est cependant différent. Alors que le médiateur de la RATP ne donne des avis que sur les litiges nés des infractions tarifaires, celui de la SNCF se prononce sur tous les litiges individuels. Cette différence quant au domaine d'intervention a été atténuée car, dans les faits, le médiateur de la RATP accepte d'être saisi de questions étrangères aux infractions. Cette remarque en appelle une autre : le médiateur de la RATP semble défavorable à cette extension réalisée par les précédents médiateurs.

Il faut en conclure que s'il est possible au médiateur de la RATP de s'émanciper du protocole de 1990, cette émancipation sera plus ou moins forte selon le médiateur en place : les pouvoirs du médiateur dépendent en grande partie de la personnalité du médiateur.

La procédure de médiation offre les garanties d'un bon fonctionnement. Les protocoles, signés entre les transporteurs et les associations instituant le médiateur, disposent que pour que celui-ci intervienne, le voyageur doit faire une demande préalable de règlement amiable auprès du transporteur. S'il ne reçoit aucune réponse ou s'il estime la réponse non satisfaisante il devra s'adresser à l'une des associations signataires de l'accord qui a institué le médiateur.

Par exemple, la FNAUT qui traite environ 50% des litiges transmis aux médiateurs. L'association aura un rôle de filtrage des dossiers et de conseil de l'usager. La décision de transmettre le dossier est guidée par l'appréciation du bien-fondé de la requête du voyageur. Son rôle de conseil consiste à enrichir le dossier du voyageur.

Le filtrage peut être assez sévère : il arrive que les associations consultent le médiateur de la SNCF avant de lui transmettre une plainte. Il est aisé de concevoir qu'une opinion négative du médiateur n'incitera pas à la transmission de la plainte. Ainsi l'association veillera à la réunion de toutes les pièces nécessaires (PV, titre de transport...) et elle adressera un courrier juridiquement argumenté au médiateur. Une fois transmis, le dossier est examiné par le médiateur. La procédure est écrite.

A la RATP, le médiateur examine les dossiers avec une commission qu'il préside. Cette commission est composée d'un représentant des trois différents réseaux que sont le métro, le bus et le RER ; d'un représentant des sections anti-fraudes et d'un juriste. Le médiateur n'est pas lié par les opinions exprimées par la commission. Il faut noter que le médiateur de la RATP se saisit des demandes directes et qu'il accepte aussi d'être saisi par des associations non signataires de l'accord de 1990 et par les médiateurs mis en place par la ville de Paris. Selon lui, le protocole de 1990, qui prévoit la saisine par les associations signataires, n'interdit pas les autres modes de saisine.

En ce qui concerne la SNCF, le dossier est instruit par l'assistante du médiateur qui est une salariée de la SNCF. Les plaintes font l'objet d'une instruction attentive dès que les faits ne sont pas établis avec certitude. Ainsi, l'assistante du médiateur peut se rendre sur les lieux où le litige a pris naissance, pour mieux comprendre la situation. Les services de la SNCF collaborent activement, en faisant preuve de bonne volonté, à l'instruction des plaintes. Ceci est une marque du respect dont bénéficie le médiateur. La décision finale sera rendue par le seul médiateur.

Le médiateur de la SNCF ou de la RATP donnera un avis sur la requête du voyageur. Les médiateurs statuent en droit et non en équité D'un point de vue purement juridique, les avis n'ont aucune force contraignante : l'usager ou le transporteur peut ne pas s'y soumettre. Cependant, si le service concerné de la SNCF ne veut pas se soumettre à l'avis, il doit faire appel devant le président de la SNCF. Cette possibilité d'appel n'a jamais été exercée ce qui signifie que la SNCF respecte systématiquement les avis du médiateur. A la RATP, les avis du médiateur sont également respectés.

La majorité des avis est favorable ou partiellement favorables à l'usager (80% pour la SNCF, 70% pour la RATP). En fait, lorsque le voyageur prouve sa bonne foi le médiateur lui donne satisfaction.

Lorsque le litige concerne un préjudice subi par l'usager, le médiateur préconise son indemnisation. Pour une infraction, le médiateur préconisera l'abandon des poursuites.

En cas d'échec de la médiation, une procédure judiciaire pourra débuter.

§ 4 - Le rapport annuel du médiateur de la SNCF

Le médiateur de la SNCF publie un rapport annuel qui comporte deux parties. La première est un rapport d'activité qui décrit toutes les requêtes traitées. La seconde partie contient des propositions visant à améliorer le sort des usagers ; une subdivision est consacrée au suivi de ces propositions.

Ainsi, c'est à la suite d'une proposition du médiateur qu'il est désormais possible de faire établir un duplicata en cas de perte de la carte de réduction " 12-25 " alors qu'auparavant il fallait payer une nouvelle carte ; les suggestions du médiateur ont aussi entraîné une simplification des tarifs.

A l'avenir, le rapport sera divisé en thèmes, par exemple l'information des voyageurs ou les grèves. Cependant, à l'intérieur de chaque thème la distinction entre les affaires traitées et les propositions émises sera maintenue.

Ce rapport permet au médiateur de sortir du cadre purement conflictuel de résolution des litiges. Il s'agit, au moins pour la partie consacrée aux propositions, d'un travail de réflexion. Le fait que les propositions sont parfois suivies est une preuve de l'influence du médiateur de la SNCF. En formulant des propositions nées des cas qu'il a examinés, le médiateur de la SNCF a su s'élever du particulier au général.

§ 5 - Bilan de l'institution des médiateurs.

La médiation est une expérience efficace : les médiateurs n'examinent que des dossiers raisonnables grâce au travail préalable des associations d'usagers et de transporteurs. La médiation sera pour le transporteur l'occasion de connaître les attentes des usagers.

A la SNCF, le crédit accordé au médiateur est tel que les services du transporteur le consultent, en dehors de tout litige survenu, au sujet de litiges éventuels.

5.1- La consultation des usagers

D'autres moyens que la médiation permettent aux transporteurs de connaître les attentes des usagers. Ainsi des voyageurs membres d'associations d'usagers peuvent devenir " témoins RATP ". Ces témoins adressent à leur association des observations mensuelles sur les prestations de la RATP. Ensuite l'association envoie un rapport à la RATP qui tente d'en tenir compte. L'institution du " témoin RATP " est le résultat d'un dialogue entre la RATP et les associations d'usagers et de consommateurs. Il est impossible de porter un jugement sur l'efficacité des " témoins RATP " car ils existent seulement depuis le mois de mars 2000.

La FNAUT est en discussion avec la SNCF pour instaurer des témoins sur les lignes certifiées. Les lignes certifiées sont celles où certaines normes doivent être respectées, principalement en matière de confort et de sécurité.

L'idée de témoin RATP ou SNCF est intéressante. Alors que la médiation n'attire l'attention que sur des désagréments entraînant des litiges, le témoin pointera tous les désagréments, même ceux qui sont trop bénins pour entraîner un litige mais dont la répétition peut devenir agaçante. Ainsi le témoin pourra dénoncer des retards répétés.

Deux autres mesures, prises par la RATP en 1999, procèdent d'un même état d'esprit.

La première consiste en la mise en place des fiches de dysfonctionnement. Lorsqu'un usager n'est pas satisfait, il est incité à envoyer une fiche de dysfonctionnement. La RATP fait parvenir la fiche à la personne à l'origine du problème. Cette personne devra fournir une réponse à l'usager. Ce système est satisfaisant : il permet une prise de conscience des difficultés rencontrées par les voyageurs.

La deuxième mesure, la " note flash ", ne fonctionne pas aussi bien. Il s'agit de recueillir les propositions des usagers. La " note flash " fonctionne mal à cause de résistances internes.

C'est sans doute la SNCF qui connaît l'exemple le plus élaboré de dialogue avec ses usagers. Le protocole signé en 1990 par la SNCF et les associations de consommateurs et d'usagers a institué le Conseil Consultatif des Consommateurs et des Usagers (CCCU). C'est une structure permanente de dialogue présidée par le président de la SNCF qui réunit un représentant de chacune des associations signataires du protocole et des représentants de la direction générale de la SNCF.

Le CCCU se réunit au moins deux fois par an et dresse un bilan annuel. Selon le protocole, le Conseil doit permettre d'informer les organisations signataires de " tous les sujets relatifs à la politique générale de l'entreprise " et de recueillir leurs avis et propositions quant à cette politique. Le CCCU est aussi le lieu de la concertation " chaque fois que des décisions jugées importantes par l'une ou l'autre des parties sont envisagées, pour qu'il soit tenu compte des propositions des organisations de consommateurs et d'usagers dans leur élaboration et leur mise en œuvre. " Grâce au CCCU, les usagers ont l'assurance de donner leur avis en permanence sur tous les aspects de la politique de la SNCF et non seulement sur certains de ses aspects.

5.2 - La certification des lignes

Les usagers peuvent se faire entendre en étant présents dans les conseils d'administration. Des représentants des associations d'usagers et de consommateurs sont membres des conseils d'administration de la SNCF et de la RATP. Ainsi, deux représentants des usagers siègent au conseil d'administration de la RATP. Ils sont écoutés par la direction qui est ainsi sensibilisée aux problèmes rencontrés par les usagers.

Les usagers jouent un rôle à l'occasion de la certification des lignes. Cette initiative consiste à faire certifier une ligne de transport par un organisme certificateur qui peut aussi ôter la certification, l'Association Française de Normalisation (AFNOR). Les points sur lesquels portent la certification sont l'accueil, la régularité, l'information et les services après-vente. A la SNCF, la certification est encore peu développée. A la RATP, la certification est gérée par un comité quadripartite qui regroupe le transporteur, l'organisme certificateur, le Syndicat des Transporteurs parisiens et les représentants des usagers. La participation des usagers leur permet d'influer directement sur les aspects de la certification.

Parce qu'elle est une procédure élaborée qui fait intervenir plusieurs acteurs, la certification est une initiative plus intéressante que les règlements internes régissant la sécurité ou la circulation.

5.3 - Les engagements pris par le transporteur**.**

Les normes douces peuvent prendre la forme d'engagements de service.

La SNCF a pris de nombreux engagements. Ils concernent notamment l'amélioration des services par la valorisation du réseau classique (réseau hors TGV), l'amélioration des services les jours de grande affluence ou sur la place des jeunes enfants.

La SNCF a institué un " Observatoire des engagements envers les clients " afin d'assurer le suivi des engagements.

La RATP a débuté une réflexion sur ce sujet. Son but est de prendre des engagements visant à une plus grande individualisation des usagers. Par exemple, il s'agirait de fournir un service adapté aux usagers utilisant des poussettes ou des bagages. A travers ces engagements, la RATP cherche à donner l'image d'une entreprise attentive à ses usagers.

Bibliographie

1. Livres, contributions, articles et notes:

1. Aalders MVC , “Handhaving en zelfregulering: milieurecht in bedrijven”, *Justitiële verkenningen,* 1994 nr. 9

2. Abi-Saab, G., *Eloge du droit assourdi, quelques réflexions sur le rôle de la soft law et droit international contemporain”,* dans X., *Nouveau itinéraires en droit, Hommage à François Rigaux,*

3. ACI Europe, *A strategy on environmental restrictions with regards to capacity expansion,* Janvier, 2000

4. AECMA (European Association of Aerospace Industries) et AEA (Association of European Airlaines), Joint statement on the restriction of carbon dioxide emissions from aviation.

5. Alan Moore, "Self-Regulation For Australia's compressed gas Industry", *The Australian Standard Magazine*, 3/11/99.

6. Alliance européenne pour l’éthique en publicité, EAXA guide to self-regulation

7. Alliance Européenne pour léthique en publicité, Advertising self-regulation in Europe

8. Alliance Update Européenne pour l’ethique en publicité, “Responsability for children in advertising,”, Revue13, décembre 1998

9. Alliance Update Européenne pour l’ethique en publicité, commment déposer une plainte transfrontalière

10. Alliance Update Européenne pour l’ethique en publicité, Cross-Border redress in focus, Revue 15 Septembre 1999

11. Alliance Update Européenne pour l’ethique en publicité, EASA servey on self regulation for motor vehicle advertising in the European Union

12. Alliance Update Européenne pour l’éthique en publicité, pour la promotion d’une autodiscipline efficace

13. Alliance Update Européenne pour l’éthique en publicité, Saarbrucken Seminar Endsises Media Self Regulation, Revue 14 Mai 1999

14. Alliance Update Européenne pour l’ethique en publicité, Survey on self regulation for advertising and the portrayal of women and men in Europe

15. Alliance Update Européenne pour l’ethique en publicité, Survey on self regulation for adertising and children in Europe

16. Amalou, Florence, “Un nouveau directeur au Bureau de vérification de la publicité”, *Le Monde*

17. Amalou, Florence, “Un nouveau directeur de vérification de la publicité.”, *Le Monde.*

18. Association européenne des radios (AER), brochure

19. Association of European Ailines, *Code sharing*, janvier 1997

20. Barth Steve, "Is Self-Regulation Working?", Article, *Knowledge Management*, novembre 1999.

21. Baxi C.V, "Towards Self-Regulation", article, *living Media India Ltd*, 1999.

22. Beaussanot, Antoine, *Proposition de charte de l'internet: règles et usage des acteurs de l'Internet en France*, édition Lamy, droit de l'informatique.

23. Beheersovereenkomst 1997-2001 afgesloten tussen de Vlaamse regering en de Vlaamse Vervoersmaatschappij De Lijn

24. Ben, Paul, "Face à la malbouffe", un label de qualité rassurerait les consommateurs.", *Le Monde*, 23 novembre 1999

25. Bernardo Bortolotti et Gianluca Fiurentini, "Organised Interests and Self-Regulation, Ann Economic Approach, 1999, *OUP*, USA.

26. Better Business Bureau, National Advertising Division, "Advertising and Product Packaging for Pure Water Filtration Products Screened by NAD : voluntary Self-Regulation Works", communiqué de presse, 30/5/97.

27. Better Regulation Task Force, *Further Work on Alternatives to state Regulation such as Self-Regulatory Regimes*, brochure, juillet 2000.

28. Better Regulation Task Force, *Self-Regulation.* Interim Report, brochure, octobre 1999

29. BEUC, Codes of practice in E-commerce, the European consumer's organisation

30. Bigot-Lange, J., *Traité de droit des assurances, T2, La distribution de l'assurance.*

31. BIPT, *5e Werkverslag van het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie*

32. BIPT, *Verslag van het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie over de ontwikkeling van de universele dienstverlening van de telecommunicatie 1998*, http://www.bipt.be

33. Bonino, E., *What needs to be done to assure consumers interest*

34. Bossone Briagiu et Promisel Larry, "The Rule of Financial Self-Regulation in Developing Economies", Article, *The World Bank*, 1999.

35. Braeckmans, H., "Paralegale normen en lex mercantoria", *T.P.R.*, 1986, p. 1-70

36. Bridgeman, John S, Directeur Général de l'Office of Fair Trading, Discours du 30 novembre 1999, "The way forward for the funeral profession"

37. BVVO, *De verzekering in België*, Jaarverslag 1998

38. C.F., "Self regulation", *Herald Tribune*, 13 octobre 1999

39. Caprioli, Eric A, "Arbitrage et médiation dans le commerce électronique, l'experience du "cypbertribunal".", *Revue de l'arbitrage 1999, n° 2*

40. Caruso Denise, "Does software run society", *Herald Tribune*, 9 décembre 1999

41. Cas Gérard et Ferrier Dider, *Traité de droit de la communication*, dans *Le caractère collectif du droit de la consommation*, Edition PUF

42. Central Bank of Ireland, *Licencing and Supervision Requirements and Standards For Credit Institutions.*

43. Central Bank of Ireland, Rapport Annuel 1999,

44. Chang, T.K., “A snarling swarm of E Patents”, *Herald Tribune*

45. Chief secretary to the Treasure by command of Her Majesty, *Public services for the future: modernisation, reform, accountability*

46. Chirot Françoise, “Les régulateurs s’interrogent sur le controle d’Internet.”, *Le Monde,* 2 décembre 1999

47. Clausing, Jeri, “US unveils rules to guard privacy on Internet sites aimed at children, *New York Times services.*

48. CNGT News, "Pricewaterhouse Coopers offers Net quality seal" article 12/12/99

49. COB, “La commission des opérations de bourse entend encadrer la promotion et la vente de produits de placement via l’Internet”, *Le Monde,* 26 septembre 1999

50. Collins, Roger, “The duplicate Art of complaining”, *Herald Tribune,* 14 janvier 2000;

51. Comité Economic et Social Européen, *Journée européenne du consommateur 15 Mars 1999, conférence.*

52. Comité Economic et Social Européen, *PME et artisanat dans l’union Européenne*

53. Comité Economique et Social des communatutés Européennes, (petit format), *Observatoire marché unique. Les consommateurs deans le marché des assurances,* 1997

54. Comité Economique et Social des Communautés Européennes, *Observatoire marché unique. Le marché unique et la protection de l’environnement: cohérence en conflit,* 1997

55. Comité Economique et Social Européen, *Le dialogue entre fournisseur et consommateurs,* 1994

56. Conseil National de la Consommation, *Rapport et avis du Conseil National de la Consommation sur l’amélioration de la qualité des services dans le commerce*

57. Darrigand, M., president de la poste, forum de Rome: *consommateurs et services publics.*

58. De Becker Karen, “Schoonzus is niet dik: klachten van consumenten over reclame met helft gedaald”, *Nieuwsblad,* 14 oktober 1999

59. De Lijn, *Discretiebeoordeling ISO 9001 kwaliteitssysteem,* 30 août 1999

60. De Lijn, documents divers

61. De Lijn, *Jaarverslag 1998*

62. De Lijn, *Kwaliteitshandboek Vlaamse Vervoersmaatschappij, algemeen,* 14 september 1998

63. De Nederlandse Reclame Code Commissie, *Informatie betreffende de Nederlandse reclame code, Reclame Code commissie en College van beroep*

64. De Nederlandse Reclame Code Commissie, *Uitspraken reclame code commissie en College van beroep,* 1999

65. Decr. 31 juli 1990, “Decreet tot oprichting van de Vlaamse Vervoersmaatschappij”, *B.S.* 1990, p. 20581

66. Department of Trade and Industry, *White Paper. Modern Markets : Confident Consumers*, brochure juillet 1999.

67. Deprez Pierre et Fauchoux Vincent, *Lois, contrats et usages du multimédia*, édition Dixit.

68. Dialogue Transatlantique des consommateurs, "Developping a code of practice for Electronic Traders", Doc n°Ecom-21-00, juin 2000.

69. Eijlander, Ph, Gilhuis, P.C. en Peters, J.A.F., *Overheid en zelfregulering: alibi voor vrijblijvendheid of prikkel tot aktie?,* Tjeenk Willink, 1993, 300 p.

70. Electronic Frontier Australia, "Net Censorship-secret and unaccountable", *EFA Media Release,* 19 Dec 1999, (rene.efa.org.au).

71. Elvinger, Marc, *Libre propos sur l'utiltité d'un code de bonne conduite en matière bancaire,*

72. EUREAU, *Système de gestion des services de production et de distribution d'eau potable dans les pays membres de la UE, en 1996*, mars 1997

73. EUREAU, *Union Européenne des Associations nationales de distribuiteurs d'eau et de services d'assainissement,* brochure publicitiaire

74. European Commission, *Air passenger rights in the European Union, a consultation document on consumer protection in air transport.*

75. European consumer law group, *The regulation of public utilities,* Eclg report, octobre 1996

76. Evin, Florence, "Adaption d'un code mondial d'éthique du tourisme en 10 commandements", *Le Monde,* 7 octobre 1999

78. F.D., "Vijf schadeverzekeraars richten arbitragerechtbank op", *Financieel economische tijd,* 1999

79. Falque-Pierrontin, Isabelle, "Quelle régulation pour Internet et les réseaux", *Le Monde,* 27 novembre 1999

80. FBE, Federation bancaire, de l'union européenne, *Practical information on redress schemes for banking customers complaints,* Brussels 2000

81. Federal Communications Commission, *"FCC Launches Consumer Bill of Rights Campaign in Deregulated Cable Market place"*, communiqué de presse 31 mars 1999.

82. Féderation française des courtiers d'assurances et de reassurances (FCA), *Le courtier d'assurances. Un professionnel à votre service.*

83. Féderation française des courtiers d'assurances et de reassurances (FCA), guide de la profession de courtier d'assurance, 1999

84. Fedma, *Fedma work program 1999 – 2000*

85. FEDSA, *Federation of European Direct Selling Association,* brochure publicitaire, Bruxelles

86. Francis RD, *Business ethics in Australia, a practical guide,* edition centre for Professional Development, the law book Company limited.

87. Goldstein Amy, "U.S. aims to control on-line prescription drug sales", *Herald Tribune,* 29 decembre

88. Gonzales, Paule, "H. Bourges veut réguler Internet", *Le figaro*

89. Grange cabane, Alain, "En vue", *Le figaro*

90. Green, Emily, “Online-shopping today: new perspectives for consumers”, *Consumer Voice*, 1999

91. Hondius, E.H. en Rodrigues, P.R., “Actiebevoegdheid voor consumentenorganisaties: een kink in de kabel”, *NJB*, 1986 N° 38.

92. Hondius, E.H., “De consument en zijn klacht”, *Consumentenrecht*, 1986

93. Hondius, E.H., “Kroniek van het consumentenrecht”, *Nederlands Juristenblad*, 1998

94. Hondius, E.H., “Toegang tot het recht voor de consument: ervaringen met buitengerechtelijke geschillenbeslechting in Nederland”, *T.P.R.* 1995

95. Howels, Geraint G., *The move from soft law to hard law, implementation of the Distance Selling Directive in the United Kingdom*

96. IRIS, *Observations juridiques de l’observatoire Européen de l’audiovisuel.*, Novembre 1999, volume V.N° 10, victoires editions.

97. IRIS, *Observations juridiques de l’observatoire européen de l’audiovisuel*, Victoires éditons, octobre 1999, volume 5 N° 9

98. Irish Banker's Federation, *Irish Banking Fact File.2000*

99. ISIS, Information Society Initaitive for Standardisation, *Industral aspects of electronic commerce: a guide tour*, Brussels, 1999

100. Jacob, Antoine, “Le suédois fait le difficile apprentissage de la réglementation”, *Le Monde*,

101. Jacobs, Jeffrey, A., *Comparing regulatory models, self regulation vs. Government regulation: the contrast between the regulation of motion pictures and broadcasting may have implications for Internet regulation*, J. Tech. L & Pol’y 4, http://journal.law.ufl.edu/~techlaw/1/jacobs.htm

102. Jacobs, W.A., *Alternatieve geschillenbeslechting van consumentenklachten*, Kluwer, Deventer, 18 maart 1998

103. Jakubowski, J., *Some legal aspects of industrial co-operation in east-west relations*

104. James, Barry, “EU Looks for ways to protect shoppers”, *Herald Tribune*, 2 décembre 1999

105. James, Barry, “EU tackles e-commerce Ballier”, *Herald Tribune*.

106. Jesse Berst, "Self-Regulation never has and never will work", forum, *ZDNET*, 24/3/99.

107. Jury voor eerlijke praktijken inzake reclame, *Activiteitenverslag*, 1998

108. Keith, John, A.C., "Self-Regulation-It's a Public Thing", article, *Virginia State Bar magazine*, avril 1999.

109. Khan, Philippe, *Droit commercial et économique, interne et international*,

110. King Andrew et Lenox Michael, "Industry Self-Regulation Without Sanctions : The Chemical Industry's Responsible Care Program", article *Academy of Management journal*, 1999.

111. Knowton, Bryan, “Online buyers, stay alert”, *Herald Tribune*, 2 décembre 1999

112. Kummeling, H.R.B.M. en Van Bijsterveld, S.C., *Grondrechten en zelfregulering*, Schoordijkinstituut, 227 p.

113. La vente directe, Gazette du Palais, Revue 19 et 19 janvier 1995.

114. Lambrechts, M, “Hard of soft law, gedragscode kredietverleners”, *Jura Falc.* 1991-92

115. Laurent, Arnaud, “Les textes de déontologie français et étrangers élaborés par des professionnels”, *Après-demain*, n° 353-354, avril-mai 1994

116. Le Cornec, François, *Le devoir de conseil du courtier,* edition Juris – Classeur, janvier – février 1999.

117. Leon-Dufour, Sixtine, “Internet: La france lance le débat. Commerce: les professionnels veulent des règles du jeu.”, *Le Figaro*

118. Louis Lucien, Spécial publicité, *Gazette du palais,* 30 mai 1996

119. Lueders, Hugo, “E governance: the co-operativce approach.”, *UNICE,* Bruxelles, 3 février 2000

120. M.B. Vl. Reg, “Besluit van de Vlaamse Executieve houdende goedkeuring van de statuten van de Vlaamse Vervoersmaatchappij”, *B.S.,* 24 oktober 1990

121. Malinosk Sophie, "Self-Regulating Legislation for Saskatchewan Association of Library Technicians", lettre aux membres, 18/2/99.

122. Mandard, Le top des réseaux, Une sélection de sites d’aide au consommateur., *Le Monde, 22 décembre,* 1999

123. Maurice Samuel, “La lutte contre la nitrification des eaux: les rapports du code national des bonnes pratiques agricoles, *Revue de droit rural,* n° 248, décembre 1996

124. Ministerie van Economische Zaken, *Geschillencommissie Reizen VZW*, Jaarverslag 1998 (Belgique)

125. Ministerie van Economische Zaken, *Verslag over de werkzaamheden van de Raad voor het verbruik en zijn commissies,* 1998 (Belgique)

126. Ministerie van Economische Zaken, *Verslag over de werkzaamheden van de Raad voor het verbruik en zijn commissies,* 1997 (Belgique)

127. Ministry of Consumer Affairs of New-Zealand, *Market self-regulation and codes of practice, in New Zealnd, number three in a series of Policy Papers,* juin 1997

128. Murray, Jim, “The limits of self regulation”, *BEUC*

129. National consumer council, *Consulting your consumers, A handbook for public service managers*

130. National consumer council, *Government consultations: not just a paper exercise,* Juin 1997

131. National consumer council, *Models of self regulation, an overview of models in business and the professions,* septembre 1999

132. National Consumer Council, *Tuning in to Consumers* Brochure, 1999.

133. Nicoli Marie José, *“UTEC: courrier informations sur les normes douces”,* 26 octobre 1999.

134. Noonan, Philip, *Report on industry science tourism, consumer afairs: fair traiding, codes of conduct: why have them, how to prepare them. A guide prepared by Commonwealth, State and Territory consumer affair agenscies,* Commonwelth authorities, Australia.

135. OCDE, *Costs and benefits of food safety regulations: fresh meat hygiene standards in the United Kingdom*

136. Office of Fair Trading, communiqué de Presse, *Putting their House in order,* février 2000

137. Office of fair trading: *raising standards of consumer care, progressing beyond codes of practice,* Février 1998

138. Oppenheimer Wolff et Donnelly LLP, *A comparitive analysis of selected legislation impacting the direct selling industry and the multi level marketing sector,* Bruxelles, 16 mars 1999

139. Padraig O'Morain, "Minister Warns Internet Firms on Chill Porn" *The Irish Times*, article, 15 mars 2000.

140. Patel, Ajay, “Electronic commerce, a new challange for consumer organisations?”, *Consumer Voice,* 1999

141. Pawlo Mickael, "European Regulation-US style", article, *Fastlane Magazine,* 16/10/99.

142. Pitofsky Robert, "Self-Regulation and Antitrust", discours devant le Barreau du District of Columbia, 18/2/98.

143. Poignet, P., *Devoir de consiel des professionnels de l’assurance,* éditions Juris – Classeur, janvier – février 1999.

144. Priest, Margot, “The privatization of regulation: five models of self-regulation”, *Ottawa law review,* 1997-98

145. Provost Olivier, “Réunion de conciliation le 15 novembre sur les chèques payants”, *Le Monde*

146. Provost, Olivier, “Bercy intervient dans le dossier des tarifs bancaires.”, *Le Monde,* 15 octobre 1999.

147. Ramsay Iain, *Advertising Self-Regulation*, 1996, Toronto, Canada.

148. Re, R., “Le consommateurs de l’ère numérique prennent le pouvoir”, *Le Monde*

149. Rotenberg, Marc, “The public voice”, *Consumer Voice,* 1999

150. Sabbe, Hilde, “De Belgische geschillencommissies voor consumenten – een rechtssociologische analyse”, *R.W.*, 1992-93, p. 1080

151. Sally Watson, "European Health web sites Demand Code of Practice", article 23 février 2000, *The Health Care Channel*.

152. Sigaud, Marie, “Un oeil sur “les cyber escrocs”,”, *Le figaro*

153. Singleton Solveig, "Regulation Obstacles to Innovation : Is Self-Regulation the Answer ?", exposé pour le "White House Workshop on Priorities For Federal Innovation Reform", 13 sept. 1999.

154. Smeets, P.H.J., “Consumenten en het Europees mededingingsrecht”, *Consumentenrecht* 1992

155. ***Snyder, Francis,*** Soft law and institutional practice in the European Community, *1993*

156. Steitfeld David, “E Bay’s sheriff patrols auctions with a MOUSE”, *Herald Tribune,* 29 novembre 1999

157. Steven Kennedy, "Staying One Step Ahead of the Government through Self-Regulation", Article, volume VIII, n°1 Automne - Hiver 1999.

158. Straetmans, G., *Consument en markt: onderzoek naar de rechtspraak van de consument op de interne Europese markt,* Kluwer, 1998

159. Syndicat de la vente directe, circulaire n° DSS/AAF/A1 94.82 du 18 novembre 1994 relative à la situation des personnes assurant la vente de produits et de services à domicile à l’égard de la législation de la sécurité sociale, 1 janvier 1995

160. Syndicat de la vente directe, condition d'exercice de la distribution multiniveaux (18 Octobre 1995). Note de service du ministère de l'économie, des finances et du plan.

161. Syndicat de la vente directe, extrati du code de la consommation, *"Ventes ou prestations à la boule de neige."*

162. Syndicat de la vente directe, *guide du vendeur à domicile indépendant.*

163. Syndicat de la vente directe, Loi N° 95-96 du 1 février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial.

164. Testa Poolina, "Gazette du palais; la publicité comparative nominative: l'expérience de l'autodiscipline publicitaire italienne", *Gazette du palais,* 17 – 18 novembre 1999

165. Thanh-Bourgeais, Denise Nguyen, *La certification de qualité des produits agro-alimentaire,* concurrence consommation, édition du Juris-Classeur.

166. The national consumer council, *Regulating the multi utilities,* Mai 1998

167. The national consumer council, *The future for utility regulation*

168. The ombudsman For Credit Institutions, Rapport Annuel 1999, Dublin, Irland

169. Timmerman, L., "Zelfregulering in de sfeer van het vennootschapsrecht", *De Naamloze Vennootschap,* 1997

170. Torregano Emmanuel, "Internet est un média privé.", *Le Figaro*

171. ULC, *Code de déontologie de la vente directe,* 3 décembre 1999

172. Union Européenne, *Comission of the European communities, proposal for a council directive amending directive 95/18/EC on the licensing of railway undertakings*

173. Union Européenne, *Communication from the commission: developing the citizins' network, why good local and regional passenger transport is important, and how the European Commission is helping to bring it about.*

174. Union Européenne, *Communication from the commission: trans-european rail freigh freeways.*

175. Union Européenne, Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the council of 20 May 1997 on the protection of the consumers in respect of distnce contracts, http://zeus.bra.com/e.law/docs/ecdistance.html

176. Union Européenne, Directive CEE N° 91/676, Conseil Européen, 12 décembre 1991, décret concernant un code de bonnes pratiques agricoles.

177. Union Européenne,, *Commission of the European Communities, proposal for a council directive amending directive 91/440/EEC on the development of the Community's railways*

178. Union Luxembourgeoise des consommateurs, *Point de vue sur le soft law (autoreglementation),* 18 janvier 2000

179. Van Alphen de Veer, W.R., "Zelfregulering is volwassen gedrag: rode draad en reclame.", *Rode draad 'recht en reclame'*

180. Van Driel, M, *Zelfregulering: hoog opspelen of thuisblijven,* Kluwer, 1998, 289 p.

181. Van Mierlo, Mr. Th. J.M., "Het overleg tussen ondernemers en consumenten in kaart gebracht", *Consumentenrecht,* 1985

182. Van Wetten, J.W., “Zelfregulering en handhaving: enige kanttekeningen bij de milieurecht-discussie, *Journaal,*

183. Vaupane Hubert et Bornet Jean-Pierre, *droit des marchés, financiers*, édition Liter.

184. Vilkkonen, Laura, “Conclusions of the Finnish Presidency seminar on Services of General Interest, 9-10 Septembre 1999, Helsinki”, *Consumer voice,* 1999

185. Vivant, Michel, *La publicité: internet, support publicitaire: régulation et déontologie*

186. Walton Dawn, "Self-Regulation in a Murky World", *The Globe and Mail*, Article, 21/10/99.

187. Weinstein Lauren, "Span Self-Regulation is one of the Really Bad Ideas", Commentaire Privacy Forum, *Red Rock Eater News Service*, 13/1/2000.

188. X, “Dix banques britanniques épinglées par les consommateurs”, *Le Monde*

189. X, “Een gezel voor de informatiesnelweg”, *Test-Aankoop, N° 417,* janvier 1999

190. X, “Telephones mobiles. La fin des clauses busives”, *Que choisir,*

191. X, *Accords collectifs conclus sous l’égide des pouvoirs publics: contrats pour l’amélioration de la qualité*, Edition Juris-Classeur, 1991

192. X, *Agreement between consumer associations and professional associations from the distributive trade, tourism, craft and SME sector in connection with the transition to the Euro*

193. X, *Amendements proposés par le Tourism Euopean Network: code mondial d’éthique du tourimse*

194. X, *Benchmarks for industry based, customer dispute, resolution schemes,* The comsumer affair devision, Department of industry, science and tourism, Australia

195. X, *Charte du tourisme durable*

196. X, Code de déontologie du groupement français de l’industrie de l’information, édition Lamy, droit de l’informatique.

197. X, *Codes professionnels de vente par correspondance*, Juris Classeur, 1998

198. X, *Consumentenrecht: Bijzondere reclame codes; De Nederlandse Reclame Code;*

199. X, *Consumentenrecht: erkennings- en subsidiëringsregeling commissie consumentenklachten, Statuten, behandeling van consumentenklachten*

200. X, *Consumentenrecht: Europese gedragscode inzake het elektronische betalingsverkeer*

201. X, Droits et marchés, ministère de l’économie et des finances, *Revue de la concurrence et de la consommation,* novembre – décembre 1995, n° 88.

202. X, European commission, autorita garante della Concorrenza e del Mercato intrantonal forum, public utilities, liberalization and consumers

203. X, European Commission: first draft, making soft law work for consumers in communications infrastructure and related services

204. X, European Commission: guide to the electricity directive

205. X, *Eurpean Commission: institutional forum, session on – why is the commission encouraging liberalization of public utilities, session on consumer policy, how to assure its influence, session on establishing a competetive European market to the benefit of consumers: the cases of postal services and telecommunication*

206. X, FEDIM (Federation européenne du marketing direct), *The self-regulation of direct marketing in Europe*

207. X, Forum sur les consommateurs et les services publics, synthèse des internventions

208. X, *Guidelines for the support of individual codes,* United Kingdom

209. X, *L'auto-régulation, colloque organisé à Bruxelles le 16 décembre 1992,* Faculté de droit de l'ULB, 1995

210. X, *La politique à l'égard des consommateurs du Royaume-Uni, comparativement à celle des autre états membres de l'Union européenne, Commission européenne, direction générale XXIV, politique des consommateurs et protection de leur santé.*

211. X, Le droit de normes professionnelles et techniques, séminaire organisé à SPA Balunal, 16 et 17 novembre 1983, Bruxelles, 1985

212. X, *Le rôle de la pratique dans la formation du droit, travaux de l'association Henri Capitant*

213. X, *New ways to a fair deal, department of trade and industry,* United Kingdom.

214. X, Opinion of the Economic and social committee on services of general interest in Europe, commission comunication

215. X, *Publicité déloyale,* Edition Juris-Classeur, 1994

216. X, Rome forum, consumers and public services, speech of M. de Wash: the opening of markets in favour of consumers, the telecommunication case.

217. X, *Services of general intrest in Europe*

218. X, *White paper: a strategy for revitalising the community's railways*

219. X., "Research and Debates", Industry Self-Regulation and Regulatory Regimes", article, *The Global Compact*, Nations-Unies, 1999.

220. X., "Self-Regulation Wins the DAY For Accountants", article, *Accounting Web*, 18/9/98.

221. X., "Belgacom en Ombudsdienst sluiten samenwerkingsakkoord", *Financieel Economische Tijd,*

222. X., "Code de déontologie – entreprises belges", *Liber Amicorum Paul De Vroede,* Kluwer, Editions juridiques, 1994

223. X., "Commission recommandation of 30 March 1998 on the principles applicable to the obdies responsible for out of court settlement of consumer disputes", *Community legislation in force,* 11 novembre 1999

224. X., "De telefoonkassa rinkelt", *Test-Aankoop,* maart 1999

225. X., "Fact sheeds on Sweden, swedish consumer policy", *The Swedish Institute,* 1993

226. X., "Fact sheets on Sweden, the swedish Ombudsmen", *The Swedish Institute,* 1994

227. X., "For your eyes only: privacy on the web time", 13 décembre 1999.

228. X., “Ombudsdienst CDV meldt stijgend aantal grieven: klachten verzekerenden leiden in kwart van gevallen tot akkoord met verzekeraar”, *Financieel Economische Tijd*

229. X., “Self regulation in connection with telephone selling”, *KOV* 1988

230. X., “Self regulation in connection with telephone selling”, *KOV* 1991 / 92:6

231. X., *Charte internet confiance, sept engagements pour le respect de l’internaute*

232. X., *Code de déontologie du groupement français de l’industrie de l’information (G.F.I.I.)*, Lamy droit de l’informatique, novembre 1997

233. X., *Code de déontologie européen de la franchise applicable en France*, Lamy droit, 1997

234. X., *Code of conduct for Elecotronic commerce*, draft version 2.0, juin 1999

235. X., *Codes et usages professionnels internationaux, codes de déontologie*, Edition Lamy, novembre 1994

236. X., *Discussion paper for PIU workshop*, 9 mars 2000, document interne

237. X., *Environmentally friendly claims not comsumer friendly, study finds*, Press release, 31 March 2000

238. X., *L’autoregulation*, Bruxelles, Bruylant, 1995, 237 pp.

239. X., *Le cybertribunal au Canada, proposition de directive relative à certains aspects juridiques du commerce électroniqe.*

240. X., *Les contrats pour l’amélioration de la qualité*, Edition Lamy droit Eco

241. X., Les solutions apportées par des mécanismes juridiques spécialement conçus pour les réseaux, éditions Lamy, droit de l’informatique.

242. X., *New Zealand Model Code for Consumer Protection in Electronic Commerce*

243. X., *Rapports belges au XIe congrès de l’Académie internationale de droit comparé, Caracas 29 août – 5 septembre 1982*, Edition juridiques et fiscales Kluwer, Anvers

244. X., Resolution on the communication from the Commission on services of general intrest in Europe (Com (96) 0443-C4-05057/96).

245. X., Self regulation within Swedish industry, definition.

246. X., *Services of general interest in Europe: how to re-regulate the public and privated sectors.*

247. X., The new door to door sales act, governmental draft, 1981/82:40 (Sweden)

248. X., *Voluntary codes of practice, a consultation paper*, décembre 1996

249. X.D. et F.M., “De post bijna altijd op tijd”, *Test-Aankoop*, N° 487, fevrier 1998

250. Zarb Frank G., "The Future of Self-Regulation", Discours à l'Assemblée annuelle de l'Association du marché Obligatoire.

2. Sites sur l'internet:

1. Edgard.vandenbosch@ombudsmantelecom.be (ombudsman belge pour telecommunication)
2. http://ww.bbb.org/advertising/adcode.asp
3. http://www.belgacom.be
4. http://www.bipt.be
5. http://www.bvb.be ou http://www.abb.be ou http://www.abb-bvb.be
6. http://www.bvvo.be
7. http://www.cerna.ensmp.fr/Progeuropeens/CAVA/Index.html
8. http://www.cnetnews.com
9. http://www.consumentenbond.nl
10. http://www.consumer-ministry.govt.nz/dp-eleccom

11 http://www.consumersinternational.org (e-mail: sgribble@consint.org)

12. http://www.delijn.be
13. http://www.depost.be
14. http://www.easa.org ou http://www.easa.com
15. http://www.fct.gov/opa/1999/9912/oecdguide.htm
16. http://www.fedma.org
17. http://www.finances.gouv.fr/pole_ecofin/consommation/arnaques/part1.htm
18. http://www.ftc.gov/bcp/menu-jobs.htm
19. http://www.ispa.be
20. http://www.legibel.be
21. http://www.mobistar.be
22. http://www.nmbs.be
23. http://www.opta.nl
24. http://www.sharedview.net
25. http://www.stern.nyu.edu/bes
26. http://www.testaankoop.be
27. http://www.treasury.gov.au/default.asp?main=/publications/TaskForceOnIndustrySelf-Regulation
28. http://www.webaid.net/forums (mot de passe: "poppy")
29. http://www.which.net

30.. Mcainfo@med.govt.nz

3. Réunions et séminaires:

1. E-commerce dialogue forum, 15 février 2000: codes of practice in e-commerce, BEUC

2. Hondius, E.H., conference Willy Delva, Gent, 10 december 1999

3. ISIS conference, Call for proposals for standardisation projects for the Information Society, 15 novembre 1999, Bruxelles (inclusif documents)

4. Seminaire sur e-commerce, Dialogue forum 15 février 2000,

5. Séminaire sur les accords volontaires en matière d'énergie, organisé par l'institut pour l'étude du climat, de l'environnement et de l'énergie de Wuppertal, Allemagne

6. Seminaire sur les services d'intérêt general, Finlande, 1999